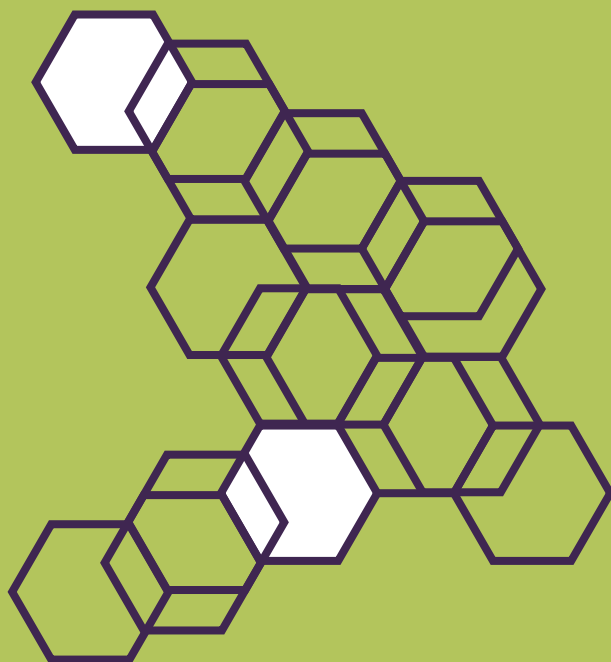


Hacia un nuevo modelo de **DERECHO DE FAMILIA**

Análisis de las figuras y herramientas emergentes

MARÍA DEL PILAR VILELLA LLOP



Hacia un nuevo modelo
de Derecho de Familia

Hacia un nuevo modelo de Derecho de Familia:
Análisis de las figuras y herramientas emergentes

María del Pilar Vilella Llop

DYKINSON
2021

A Mateo, nuestra pequeña gran revolución

Resolución de conflictos, 12
ISSN 2659-952X

© 2021 María del Pilar Vilella Llop

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1377-534-0

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/32557>

Dataset/Conjunto de datos disponible en:
<https://doi.org/10.21950/SGQPCN>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE FAMILIA	
1. Problemas en la concreción del concepto de Familia	23
2. Evolución normativa en torno al matrimonio	26
3. Evolución legislativa de las leyes que contemplan la figura de la crisis matrimonial (separación, divorcio y nulidad matrimonial)	27
4. Los cambios en el modelo de familia tradicional	30
4.1. El incremento en España de las uniones de hecho y las relaciones no matrimoniales	34
4.2. La filiación no matrimonial	38
4.3. El matrimonio homosexual	40
4.4. Los hogares monoparentales	43
4.5. Cambios en el modelo de natalidad y maternidad	46
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS ACTUALES DEL SISTEMA DE DERECHO DE FAMILIA	
1. Introducción: La judicialización del conflicto familiar	48
2.1. Tendencia actual en la celebración del matrimonio	52
2.2. Procedimientos judiciales en materia de familia en España	54
2.3. Tiempo medio necesario para resolver asuntos civiles, mercantiles y administrativos	63
3. El interés público en los procesos de familia	66
4. La visión economicista del Derecho de Familia	69
5. La discrecionalidad del Juez de Familia	70
6. Notas diferenciadoras del Derecho de Familia	73
7. Percepción de la Justicia por parte de la ciudadanía española	78

8. La situación de los agentes colaboradores en Derecho de Familia	82
8.1. La falta de especialización y retraso en la emisión de informes por los Equipos Psicosociales	82
8.2. El colapso de los Puntos de Encuentro Familiar	86

CAPÍTULO III: INCIDENCIA DE LA CRISIS DE PAREJA EN LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA

1. Introducción	91
2. Conyugalidad y parentalidad	93
3. Tipos de conflicto interconyugales	96
4. Aspectos psicológicos del conflicto familiar	98
4.1. Incidencia emocional y psicológica en la pareja derivada de la ruptura	102
4.2. Incidencia emocional de las crisis familiares en los menores de edad	106
4.3. Incidencia a nivel económico en la unidad familiar	115
5. El concepto “alta conflictividad”	117
6. La instrumentalización de los menores en el conflicto familiar	120
6.1. El Síndrome de Alienación Parental (SAP)	122
6.2. La instrumentalización como maltrato al menor en el proceso judicial	128

CAPÍTULO IV: GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. MANIFESTACIÓN EN EL PLAN DE PARENTALIDAD

1. El tratamiento de la patria potestad y de la guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español	131
1.1. El concepto de guarda y custodia	133
1.2. La custodia compartida en la Ley 15/2005	136
1.3. El régimen de visitas en caso de custodia exclusiva de uno de los progenitores	139
1.4. La guarda y custodia compartida como manifestación del interés del menor	140
2. Cambios en el modo de ejercer la custodia: la corresponsabilidad parental	144
3. La corresponsabilidad parental ejercida en la familia unida y en la familia separada	148
4. La buena relación entre los progenitores como criterio necesario para otorgar la custodia compartida	150
5. El otorgamiento de la custodia compartida de oficio	153

CAPÍTULO V: HERRAMIENTAS PARA INCENTIVAR LOS ACUERDOS EN MATERIA DE FAMILIA

1. Introducción	159
2. La objetivación de las pensiones: las tablas de pensiones de alimentos	160
2.1. Antecedentes: las tablas de alimentos en Inglaterra y Gales	163
2.2. Las tablas del Consejo General del Poder Judicial	165
3. Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura	169
3.1. Regulación legislativa de los pactos prematrimoniales	172
3.2. Regulación legislativa a nivel autonómico de los pactos prematrimoniales	173
3.2.1. Cataluña	173
3.2.2 Aragón	174
3.2.3 Comunidad Valenciana	175
3.2.4 Galicia	175
3.3. Contenido de los pactos prematrimoniales	176
4. El Plan de Parentalidad	178
4.1. Derecho comparado: los planes de parentalidad en los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales	180
4.1.1. Estados Unidos	180
4.1.2. Canadá	184
4.1.3. Australia	185
4.1.4. Reino Unido	186
4.1.5. Argentina	187
4.1.6. Países Bajos	188
4.2. Los Planes de Parentalidad en España	190
4.2.1. Regulación de la figura del Plan de Parentalidad a nivel estatal: el fallido Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Parental en caso de separación, nulidad o divorcio	193
4.2.2. Legislaciones autonómicas que contemplan la figura del plan de parentalidad	196
4.3. Contenido mínimo del plan de parentalidad	203
4.3.1. Patria potestad	204
4.3.2. El régimen de guarda y custodia	205
4.3.3. Otras cuestiones relevantes a recoger en el plan de parentalidad	206
4.3.4. La posibilidad de prever un método alternativo de resolución de conflictos en caso de discrepancia en la aplicación del plan de parentalidad	207

4.4. La utilidad de aportar el plan de parentalidad	208
4.5. La obligatoriedad de presentar el plan de parentalidad	211

CAPÍTULO VI: LOS MÉTODOS ADECUADOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE FAMILIA

1. Introducción	217
2. La inadecuación del proceso judicial en los conflictos de familia	222
2.1. La adecuación del método de resolución de conflictos al caso: la Conferencia Pound	226
2.2. El concepto de Multi-Door Courthouse	230
3. El auge de los ADR	231
4. Los ADR como alternativa eficaz al proceso judicial	234
5. El método autocompositivo por excelencia: la mediación	236
5.1. La mediación en los procesos de familia	240
5.2. ¿Deben los menores intervenir en el proceso de mediación y en la redacción del plan de parentalidad?	242
5.3. Diferentes modelos de mediación en el ámbito de Derecho de Familia	244
5.4. Ventajas de la mediación en el proceso de familia	247
5.5. Crítica a la mediación	248
6. La derivación judicial a terapia familiar	251
7. La posibilidad de iniciar un proceso de arbitraje en materia de Familia	252
8. El Derecho Colaborativo	253
8.1. El cambio del rol del abogado en el Derecho Colaborativo	257
8.2. Principios del Derecho Colaborativo	258
9. La negociación	261
10. El uso de los ADR en los puntos de encuentro familiar	262
11. La Justicia Terapéutica y su visión desde el ámbito del derecho de familia	264
11.1. El papel de los jueces en la aplicación de la Justicia Terapéutica	268
11.2. El programa “ruptura de pareja, no de familia”	269

CAPÍTULO VII: EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD

1. Introducción	273
2. Definición y origen de la figura del Coordinador de Parentalidad	275
3. Conflictos en los que interviene la figura del Coordinador de Parentalidad	283
4. Coordinación de Parentalidad y violencia de género	284

5. Naturaleza de la figura del Coordinador de Parentalidad	286
6. La figura del CoPar en otros países	289
6.1. Argentina: la figura del mediador terapéutico	289
6.2. Estados Unidos	291
6.3. Canadá	294
6.4. Alemania	295
7. Diferencias entre el Coordinador de Parentalidad y otras figuras	297
8. Antecedentes y concepto del Coordinador de Parentalidad en España	300
8.1. Aplicación práctica en España	303
8.2. La coordinación de parentalidad en los Centros de Apoyo a las Familias y Puntos de Encuentro Familiar	309
9. La necesidad de una formación específica en Coordinación de Parentalidad	310
EPÍLOGO	314
BIBLIOGRAFÍA	317
WEBGRAFÍA	334
JURISPRUDENCIA	336
TABLA DE LEGISLACIÓN	339

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ABA	American Bar Association
ADR	Alternative Dispute Resolution
AEAFA	Asociación Española de Abogados de Familia
AFCC	Association of Families and Conciliation Court
ALI	American Law Institute
APA	American Psychological Association
APROME	Asociación para la Protección del Menor
ASEMIP	Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Interferencias Parentales
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOC	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOPC	Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña
CCCat	Código Civil Catalán
CC	Código Civil
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CDN	Convención de Derechos del Niño
CE	Constitución Española
CEPEJ	Comisión para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIP	Centro de Intervención Parental
CIS	Centro de Investigaciones Sociales
CMDPC	Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya
CNUDN	Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño
CPC	Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña
CP (o CoPar)	Coordinador de Parentalidad
CUEMYC	Confederación Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto
EM	Exposición de Motivos
EP	Equipos Psicosociales
GEMME	Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación en España

IACP	International Academy of Collaborative Professionals
ICAB	Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
INE	Instituto Nacional de Estadística
ISM	Interés Superior del Menor
JT	Justicia Terapéutica (en inglés, Therapeutic Justice)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
MARC	Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos
MNP	Movimiento Nacional de la Población Española
MT	Mediador Terapéutico
PAR	Partido Aragonés
PP	Plan de Parentalidad
PRF	Pacto de Relaciones Familiares
RAE	Real Academia Española
SAP	Síndrome de Alienación Parental
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SCP	Servicio de Coordinación Parental
SIG	Servicio de Intervención Grupal
SIP	Sesión Informativa Previa
SOP	Servicio de Orientación Psicológica
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Familia es una de las ramas del ordenamiento jurídico más subjetivas y complejas que existen, por suerte o por desgracia. Los operadores jurídicos que intervenimos en este tipo de procedimientos no solamente debemos tener en cuenta la legislación vigente y las novedades jurisprudenciales continuas que en los mismos se producen, sino también desarrollar las habilidades necesarias para captar la esencia de las situaciones familiares que se les presentan, las cuales distan mucho, en general, de ser similares. La singularidad de cada caso y la interpretación personal de la realidad y de las propias normas nos puede llevar a soluciones dispares para casos similares.

No cabe duda de que el concepto de familia ha cambiado de manera radical. Personalmente, lo observo al hablar con mis padres, con gente incluso más mayor que ellos, con amigos de mi generación... Sin duda, uno de los hitos más importantes en este cambio de modelo clásico ha sido la ley de divorcio vigente actualmente, pero también otros factores sociales como la internacionalización de las relaciones, la proliferación de las uniones de hecho o la mera convivencia, el matrimonio homosexual, o la incorporación de la mujer al mercado laboral. Y las leyes deben adecuarse a los cambios. No podemos olvidar la importancia que el aumento de las atribuciones de custodias compartidas ha tenido y los cambios sufridos en la corresponsabilidad parental. Y por supuesto, la sacudida que la pandemia originada por el Covid-19 que seguimos sufriendo ha supuesto en nuestras vidas, a nivel personal, económico y social, con importante incidencia en los asuntos de familia judicializados, así como aquellos que se han interpuesto de inicio.

Los problemas familiares afectan de manera directa a lo más importante del futuro de nuestra sociedad: los menores. La incidencia que los problemas de los adultos que se trasladan a los menores es tal que incluso existen estudios que revelan que muchos de los trastornos manifestados al crecer provienen de traumas. Cuando existen hijos, el esfuerzo de la pareja por encauzar el conflicto ha de ser todavía mayor, pues la hostilidad entre los progenitores se traduce en hostilidad en las relaciones parentales.

Hay que tener claras dos realidades diferentes a la hora de afrontar un problema de crisis familiar: la crisis existente entre la pareja en sí (conyugalidad), y la manera en que los miembros de la misma van a desarrollar a partir de la ruptura la relación con el resto de familiares, principalmente con

los hijos (parentalidad), pero también con otros miembros de la familia importantes que pueden verse afectadas, como abuelos o tíos. Toda separación o divorcio, que además se producen cada vez con mayor frecuencia en los hogares españoles, de acuerdo con las estadísticas de los últimos años, supone un impacto directo en el núcleo familiar, afectando especialmente a la relación con los hijos comunes a la pareja. Y si bien la realidad familiar que se configura tras la ruptura puede definirse como más compleja, ello no significa que tenga que ser necesariamente más perjudicial para todos los miembros de la misma si saben encarar el proceso desde una perspectiva de parentalidad sana y positiva, abordando el conflicto en lugar de permanecer en él.

Precisamente, por esta implicación de menores en el procedimiento como “afectados colaterales” a la ruptura, esta rama exige un trato y sensibilidad especial, fomentando el desarrollo de habilidades como la escucha activa, la comunicación positiva y la empatía, en parte innatas, pero también moldeables y mejorables con la experiencia diaria. No podemos olvidar nunca que los más vulnerables de un proceso de ruptura de pareja son los niños, y por ello el interés superior del menor debe ser siempre protegido por encima de cualquier otro interés.

Los abogados de familia debemos lidiar con más problemas emocionales que jurídicos; o más bien, con problemas jurídicos que esconden fuertes sentimientos y emociones. Ante un problema que afecta a lo más privado que puede existir para una persona, utilizar las tácticas procesales que se aplican habitualmente para los procedimientos civiles no es suficiente. A pesar de esta realidad, a los operadores jurídicos intervinientes en los procesos en materia de Familia (hablo de abogados, jueces, fiscales, mediadores...) no nos enseñan a lidiar con estas emociones que fluyen incluso antes del momento en el que una pareja toma la decisión de finalizar su relación. Tampoco nos enseñan que el resultado final más adecuado de este proceso no es una sentencia. De hecho, en la mayoría de los casos, los pronunciamientos judiciales no satisfacen a ninguna de las dos partes, que ven frustradas sus expectativas al haber dejado una decisión que modificará el resto de su vida en manos de un tercero que, a pesar de sus amplios conocimientos jurídicos, desconoce la esencia de esa unidad familiar concreta, y por esa razón los procedimientos judiciales se complican y eternizan en un continuo devenir de recursos, modificaciones de medidas, ejecuciones que tardan varios años en resolverse, intermediaciones constantes entre las partes por insatisfacciones continuas... El conflicto se enquistaba, con ese sentimiento perenne de injusticia, y la ex

pareja entra en una espiral de reproches y rencor de la que puede resultar complicado salir, más aún cuando todo, absolutamente todo, se judicializa. Se transcribe a lo largo del trabajo en varias ocasiones la frase del magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, Pascual Ortuño Muñoz, que suele repetir en sus ponencias: “La presentación de una demanda es una declaración de guerra, pues define a la perfección lo que día a día nos encontramos en los juzgados”.

Muy a menudo, estos malentendidos y disputas se producen por falta de cuidado a la hora de redactar los convenios reguladores que rigen las relaciones familiares tras la ruptura, que dan pie a equívocos y múltiples interpretaciones en función de los intereses de cada una de las partes. Para evitar este problema en concreto, desde hace unos años, y debido al aumento del otorgamiento de la guarda y custodia compartida por los cambios legislativos y sociales acaecidos, algunas Comunidades Autónomas han incorporado a su ordenamiento jurídico el Plan Contradictorio de Parentalidad (el nombre varía dependiendo de la Comunidad Autónoma), una herramienta que sirve como guía para ayudar a los padres a ejercer la corresponsabilidad parental en caso de crisis matrimonial. Este documento novedoso, introducido en el Código Civil Catalán por primera vez (artículo 233-9 del precitado código), tiene como objetivo principal regular el ejercicio de las potestades parentales, haciendo constar de modo extenso, exhaustivo y detallado los compromisos que los cónyuges asumen en cuestiones de guarda, custodia, y educación de sus hijos, así como de todo tipo de decisiones sobre otros temas importantes, como, por ejemplo, la salud o la educación que van a recibir los hijos durante toda su infancia y adolescencia. A pesar de que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, es de obligada presentación cuando uno de los progenitores solicita el régimen de custodia compartida, es necesaria una labor divulgadora entre abogados e incluso jueces para normalizar su utilización en los procesos de familia.

Los Planes de Parentalidad son simuladores de futuro que requieren un profundo ejercicio de reflexión por parte de los progenitores, dejando a un lado sus diferencias y centrándose en el nuevo modelo de vida que emprenden, poniendo por encima de cualquier otro interés el de sus hijos.

Del mismo modo, se comienza a oír hablar en nuestro país de la figura del Coordinador de Parentalidad (también citado a lo largo de este trabajo como CoPar), figura designada mediante nombramiento judicial, que se encuentra íntimamente ligada al Plan de Parentalidad y que nace con el objetivo de re-

ducir los conflictos derivados de las crisis familiares. A pesar de ser una figura implantada con gran éxito en otros países como Estados Unidos, Canadá o Australia, apenas se ha utilizado en España. Hasta la fecha, tampoco existe unanimidad sobre la formación previa habilitante que esta figura debe tener, qué centros pueden impartirla o la relación que se crea entre el tribunal y el Cordinador de Parentalidad. Esta figura debe contar con conocimientos en mediación para abordar los problemas familiares y trabajar en continua conexión con los abogados de familia y los jueces que se encarguen de cada procedimiento. Y, sobre todo, ha de tener una especial sensibilidad en el manejo del conflicto familiar.

Otras herramientas, como las baremaciones de las pensiones de alimentos, ayudan a homogeneizar las aportaciones económicas de los cónyuges dependiendo de su capacidad y de las necesidades de los hijos comunes. Y con carácter previo, comienzan a utilizarse de manera habitual los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura, pactos que tienen como objetivo regular con carácter preliminar las consecuencias de una posible ruptura matrimonial futura.

Sin duda, el Derecho de Familia evoluciona hacia la implantación de estas nuevas herramientas que facilitan la convivencia de progenitores separados, se amoldan a sus vidas y, sobre todo, y más importante, velan por el interés de los menores, principio presente en cualquier decisión judicial y que debe primar por encima de cualquier otro interés legítimo.

Cambia también la práctica diaria de los abogados, tendentes cada vez más hacia la colaboración y la búsqueda de acuerdos consensuados, pretendiendo evitar en la medida de lo posible los tribunales, salvo para homologar el acuerdo de las partes. Así, cada vez son más utilizados mecanismos adecuados de gestión de conflictos, como la mediación y el derecho colaborativo, que serán abordados en este trabajo, cuyo fin, precisamente, es la facilitación de dichos acuerdos consensuados que eviten la vía contenciosa ante los tribunales.

Todas estas cuestiones convergen en una conclusión latente que desde sectores especializados lleva reivindicándose desde hace décadas, el conflicto de Familia no debería tratarse desde el punto de vista del proceso civil adversarial clásico por su naturaleza especial, por lo que es absolutamente necesario crear una Jurisdicción especializada en materia de Familia, precisamente por su carácter especialísimo, que conviva junto con los órdenes existentes en la actualidad. Así, se intentarán paliar los problemas diarios a los que se

enfrentan los Juzgados debido a la escasez de medios y de conocimientos en esta materia tan concreta por parte de los operadores jurídicos, que acaban afectando a las familias que se ven obligadas a acudir a ellos. Es necesario continuar luchando por la justicia para exigir las reformas necesarias, por reivindicar más y mejores medios, una mayor homogeneización a nivel estatal de la legislación relativa a Familia y que, sobre todo, porque el interés del menor sea el pilar fundamental de las decisiones judiciales.

Desde el reconocimiento de esta singularidad inherente a los procesos de familia, que trasciende a la esfera de la emotividad, a la singularidad de cada caso, se podrá impulsar eficazmente la incorporación de figuras y herramientas que en otros países llevan años implantados con rotundo éxito.

Todo ello requiere que los operadores que intervienen en los procesos de ruptura cambien su perspectiva de percibir y posicionarse de otra manera ante la realidad de la conflictividad familiar; creer, confiar y remitir la responsabilidad también a los padres, no favorecer como efecto secundario la llamada “parentalidad periférica” (son aquellas situaciones en las que el progenitor no custodio tiene un papel secundario en la crianza de los hijos, con largas ausencias y contacto intermitente y sin autoridad reconocida), pasar del uso de la razón de la fuerza que dan los artículos normativos a la fuerza de la razón y favorecer las condiciones creadoras de los acuerdos.

Por otro lado, quiero aclarar que a lo largo de esta publicación se habla en algunas ocasiones de separación o divorcio en lugar de ruptura de pareja. De manera equivocada quizás, se utiliza la palabra divorcio con demasiada frecuencia y generalidad, a veces de manera inconsciente. La realidad actual es mucho más amplia, ya que existen muchos tipos de familia sin que necesariamente exista el vínculo matrimonial, situaciones equiparadas jurídicamente en muchos aspectos, como son las parejas de hecho (aunque su legislación en cuanto al vínculo creado sea diferente) o parejas que tienen hijos sin contraer matrimonio. De hecho, la tendencia comienza a ser incluso superior numéricamente a las familias unidas por vínculo matrimonial. Pido disculpas si el uso de este término lleva a error, aclarando de antemano que, en todo momento, se tratan de extrapolar las conclusiones de este estudio a cualquier situación familiar en la que existan hijos en común, independientemente del vínculo de pareja. Del mismo modo, al hablar de progenitores me refiero a parejas tanto heterosexuales como parejas del mismo sexo, debido a que éstas pueden convertirse en progenitores gracias a métodos de inseminación artificial, maternidad subrogada, adopción... En conclusión, podemos afirmar que

es necesario impulsar mejoras novedosas en el ámbito del Derecho de Familia por una cuestión social, por la importancia de la Familia en nuestra sociedad, trascendencia que va más allá de meras cuestiones jurídicas.

N. B. En <https://doi.org/10.21950/SGQPCN> están disponibles las tablas y gráficos a los que se refiere el texto.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE FAMILIA

1. Problemas en la concreción del concepto de Familia

La familia ha sido a lo largo de la historia una institución variable, que ha ido adaptándose a los cambios sociales y culturales al ritmo que éstos le han impuesto. Es muy difícil, por tanto, llegar a una única definición de familia que recoja la esencia de la múltiple variedad de modelos existentes de la misma en la actualidad, pues una realidad más que latente es que el concepto de familia tradicional ha variado de manera sustancial en los últimos 40 años. Paradójicamente, y a pesar de ser una de las instituciones con mayor tradición jurídica en todos los países del mundo, nunca ha sido definida de una manera completa por el Derecho, ni de una lectura de la Constitución Española puede desprenderse un concepto unívoco que recoja la esencia de la institución; de hecho, lo hace de un modo un tanto disperso, aunque en ningún caso se deduce de ello que su pretensión sea desentenderse de la protección de la familia¹.

Podemos afirmar por tanto que, a pesar de que lleva siglos siendo regulada por el Derecho, nadie ha podido hasta la fecha definirla unívocamente. Y, además, en el momento en el que se redactó la Constitución Española no existía la variedad familiar con la que nos encontramos en la actualidad, limitándose la idea de familia a la más clásica heredada de la civilización occidental. No sólo resulta complicado establecer una única acepción a nivel jurídico, sino que incluso la tarea se torna todavía más difícil si se buscan connotaciones en el lenguaje espontáneo y no codificado. La familia nos moldea, es la cuna de nuestra educación, aunque los individuos lo largo de su vida aprehendan de otros múltiples entornos; colegio, barrio, actividades deportivas...².

1 Véase AGUADO RENERO, César, 2012, “Familia, Matrimonio y Constitución Española”, Cap.1, en *Derecho de Familia*, (Coord. DIEZ PICAZO, Gema), 1ª Ed., Thomson Reuters, Navarra, pág. 36 donde recoge que el constituyente “no fue insensible a la institución familiar y a su protección, a pesar que constatar la idea tradicional de familia como un ámbito privado de los componentes de la misma”.

2 DÍEZ-PICAZO Y PONCE LEÓN, Luis, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, 2018, *Sistemas de Derecho Civil, Volumen IV*, Ed.12ª, Tecnos, Madrid, pág. 27. Definen los autores en su obra a la familia como “el vehículo de transmisión de pautas de comportamiento, de tradiciones, hábitos, usos y creencias. A la familia se le atribuye un importante papel en la preparación del individuo para su inserción en la vida social y, por ende, en la educación”.

La definición que recoge la Real Academia de la Lengua Española es lo suficientemente amplia como para incluir cualquier modelo familiar actual, ya la define como un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas³. No parece querer incluir ningún tipo de nota afectiva en el término “emparentar”, ni establece como condición indispensable que exista entre ellos vínculo matrimonial, a pesar de que un sector doctrinal tradicional relaciona de manera directa matrimonio y familia, otorgando una mayor protección jurídica a aquella formada bajo el título del matrimonio. No cabe duda que, a día de hoy, no podemos excluir del concepto a aquellas parejas que deciden formar una familia sin contraer matrimonio. Sostener lo contrario incluso podría tildarse de anticonstitucional, al existir otros modelos de familia que se configuran fuera del matrimonio, con hijos menores de edad, que tienen derecho a una protección jurídica total, la cual existe independientemente del modo de convivencia que los progenitores hayan elegido para sus vidas.

Por todo ello, podemos concluir que resulta complicado conceptualizar el término familia por el hecho de configurarse como un elemento social cambiante y variable, que no presenta forma homogénea ni puede ser extrapolable a cualquier tiempo y lugar⁴.

También es patente que la familia es distinta al matrimonio por considerar que va más allá de él. Cabría decir que es un conjunto más amplio que puede encerrar en ella el subconjunto del matrimonio. Lo que sí queda patente es que en el momento en el que una familia está conformada por hijos menores⁵, sea cual sea en la forma en la que ésta se configure y exista o no vínculo matrimonial, se torna absolutamente necesario regular las relaciones jurídicas de la misma, más especialmente en caso de que exista una crisis familiar. Es decir, el interés superior del menor se proyecta sobre la vida familiar con independencia de que en ésta exista o no un vínculo matrimonial entre los progenitores.

3 Definición ofrecida por la Real Academia Española (2018).

4 STS 320/211, Sala Primera de lo Civil de fecha 12 de mayo de 2011 (Roj: STS 2676/2011, Ponente: Encarnación Roca Trías); *“El sistema familiar actual es plural, es decir, que, desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”*.

5 La Constitución Española (Art. 39.2) sí hace expresa referencia a esta protección del menor independientemente del modo en el que este configurada su familia: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”*.

Independientemente de la definición general que queramos dar a la concepción de la familia, se preservan en todo caso dos elementos: la alianza entre la pareja (sea matrimonial, no matrimonial, mismo sexo...) y la filiación, tanto biológica como por adopción.

El concepto indeterminado de familia ha obtenido también su hueco en el ámbito constitucional; la idea de protegerla surge de las transformaciones sufridas, las cuales son más que evidentes. Nuestra Carta Magna ofrece un concepto de familia muy amplio, abierto y no constrictivo, precisamente para dar cabida a otros formatos familiares más allá del surgido del vínculo matrimonial. Así, la Constitución de 1978 hace especial referencia a la familia para protegerla jurídica, social y económicamente, pero tampoco llega a definirla de manera clara, tal y como podemos apreciar en su artículo 39 CE (*“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*) y, en todo caso, relacionándola con el matrimonio a través del art. 32 CE (*“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*). El artículo 32 se incluye en el Capítulo II bajo la rúbrica “De los Derechos y Deberes de los Ciudadanos”, mientras que el artículo 39 se sitúa en el capítulo III, titulado “De los Principios rectores de la política social y económica”.

La Constitución de 1978 parte, por lo tanto, de un concepto de familia abierto, fácilmente adaptable, que abarca a otros modelos de familia, más allá del clásico, dignos de ser regulados por el ordenamiento jurídico, como las parejas de hecho (mediante el registro preceptivo en los listados de parejas de hecho de cada Comunidad Autónoma), o las parejas que deciden optar por una situación de mera convivencia.

En el momento histórico en el que se redactó nuestra Constitución, el modelo de familia predominante era el habido en el seno del matrimonio, por lo que éste se reguló con carácter preferente al de otros tipos de uniones, y los cambios legislativos posteriores se han ido realizando conforme a los cambios sociales que se han ido sucediendo relacionados con la separación entre familia y matrimonio.

A pesar de que la familia puede tomar formas diversas en la actualidad y configurarse de modos distintos a los que tradicionalmente se han regulado, podemos afirmar que matrimonio y familia continúan ligados, aunque solamente sea por esa tradición inherente a la historia de nuestro país. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos, en consonancia con el devenir social, protegen del mismo modo otros tipos de familia que no cumplen las caracte-

rísticas de lo que puede ser considerado habitual o “normal”⁶, si se me permite la expresión. Lo que parece más bien concluirse es que la protección constitucional no se otorga porque dichas personas constituyan una familia basada en el matrimonio, sino que prima la existencia de vínculos biológicos de procreación que sí pueden ser legalmente determinados y que originan derechos y deberes que derivan de la naturaleza de las cosas.

2. Evolución normativa en torno al matrimonio

El matrimonio ha sido una de las instituciones jurídicas más estudiadas, no sólo por el Derecho (especialmente el civil o el canónico), sino también por otras disciplinas como la Psicología o la Sociología. Pero, sobre todo, porque desde tiempos del derecho romano clásico y hasta hace relativamente poco tiempo, el matrimonio era el instrumento adecuado para la creación de una familia ⁷.

Más allá de la configuración del matrimonio como un mero negocio jurídico, existe un importante componente afectivo y social que no puede obviarse. El matrimonio ha sido el nexo a partir del cual se han configurado las familias durante siglos, y así lo reconocen algunas legislaciones europeas.

En nuestro país, el matrimonio se configura como una unión entre dos personas en la que rige la libertad de elección a la hora de regular su comunidad de vida e incluso también finalizar la vida en común desde el momento en el que un miembro de la pareja así lo desea, ya sea mediante cualquiera de las tres vías reconocidas: separación, nulidad o divorcio. Pero esta libertad y disponibilidad sobre el matrimonio no siempre ha primado en la legislación española.

La configuración del matrimonio ha ido “ligada siempre a lo que en España se ha llamado tradicionalmente el problema religioso, que hizo verter ríos de tinta y motivó intervenciones copiosísimas en los parlamentos”⁸. El

6 Así lo recogen DÍEZ-PICAZO Y PONCE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., 2018, *Sistemas de derecho*, op. cit., pág.36: “Para rebatir la idea de familia como grupo de progenie común basta considerar que pueda existir relación familiar sin relación de consanguinidad (v.gr., entre un cónyuge y los consanguíneos de otro), y a la inversa, existir consanguinidad y no relación familiar (v.gr., entre un hijo cuya filiación no ha sido determinada legalmente y su progenitor)”.

7 SOUTO PAZ, José Antonio, 2002, *Derecho Matrimonial*, 2ª Ed., Marcial Pons, Madrid, pág.28. El autor habla de familia como el entorno donde se logra la “reproducción, crianza y educación de los miembros de la comunidad”.

8 RIVES GILABERT, José María, RIVES SEVA, Antonio Pablo, 2001, “Evolución

ordenamiento jurídico español se ha desarrollado bajo la influencia de la iglesia católica, si bien es cierto que, desde la entrada en vigor de la Constitución Española, y la consecuente secularización del estado, éste fue adaptándose a los cambios de una sociedad mucho más tolerante, que fue poco a poco aceptando y respetando la posibilidad de disolver el matrimonio

La última referencia a los cambios acaecidos a nivel institucional en el matrimonio la encontramos en el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación o divorcio, conocido como ALECP, y recogida en la Exposición de Motivos: *“El marco institucional y social del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales ha experimentado profundas transformaciones, tanto en España como en países de nuestro entorno y cultura (...). El fondo de esta tradición, de más de cuatro siglos, consolidó socialmente una institución familiar formalmente estable y patriarcal”*.

Con respecto a los cambios, en cuanto a las cifras de personas que deciden contraer matrimonio, los datos también varían siguiendo una tendencia creciente hacia la preferencia a la simple convivencia en lugar de contraer matrimonio en cualquiera de sus vertientes, tanto civil como religiosa, como podremos comprobar posteriormente.

La evolución de la institución a lo largo de la Historia queda claramente marcada por los cambios políticos, que “hacen suyo” el matrimonio y lo regulan en función de sus convicciones políticas y de las reclamaciones sociales del momento.

En la actualidad, podemos concluir que el matrimonio ya no es el epicentro de la familia, ni tampoco la única forma de convivencia que merece la protección recogida en el artículo 39 de la Constitución, sino que ésta se prolonga a otras formas de convivencia no contempladas en legislaciones anteriores, pero cada vez más frecuentes en la sociedad española actual.

3. Evolución legislativa de las leyes que contemplan la figura de la crisis matrimonial (separación, divorcio y nulidad matrimonial)

Quizás no al ritmo deseable, pero sí es cierto que las leyes han ido evolucionando al son de los cambios sociales. Las reformas legislativas en materia

histórica del sistema matrimonial español”, [en línea], *Noticias Jurídicas*, Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11680-evolucion-historica-del-sistema-matrimonial-espanol/>.

de familia recogen el espíritu de la evolución de ese concepto tradicional, en el que el matrimonio era “para toda la vida”, con fuertes matices religiosos y concebido como un vínculo indisoluble e indisponible para los hombres, precisamente por esa connotación divina, hasta la actual primacía de la libertad individual sobre otros valores. Podemos distinguir varios **momentos históricos claves** en lo que a la regulación institucional del matrimonio se refiere. Antes del año 1870, la institución del matrimonio civil era totalmente desconocida, teniéndose como única forma matrimonial la católica. Anteriormente a las etapas aquí analizadas, las características del matrimonio que se extraen de la Ley de junio de 1870⁹, que por primera vez otorgó al matrimonio civil carácter obligatorio, son la perpetuidad y la indisolubilidad, aunque en leyes anteriores como el *Fuero Juzgo* o *Las Partidas* ya se había llegado a reconocer la figura del divorcio para unas circunstancias concretas.

La institución del matrimonio fue uno de los primeros campos sobre los que actuó la Segunda República, con la pretensión de su laicización, incluido el otorgamiento de la jurisdicción a órganos del Estado¹⁰, disminuyendo así la influencia de la iglesia en la vida civil. Incluso antes de la proclamación del texto constitucional, se atribuyó la competencia del matrimonio a los tribunales ordinarios¹¹.

Existen algunos hitos importantes que contribuyeron a este cambio en el panorama social, como el desarrollo y regulación de leyes que permiten a los cónyuges disolver el vínculo matrimonial. La más revolucionaria y conocida

9 La Constitución de 1869, influenciada por las ideas liberales que florecen con la Revolución de 1868, estableció la libertad de culto y la confesionalidad del Estado. Pero el artículo 1 de la Ley de 18 de junio de 1870 continúa recogiendo que “*el matrimonio es, por su naturaleza, perpetuo e indisoluble*”; es decir, rechaza el divorcio, pero sin embargo contempla la separación de hecho en tanto en cuanto se mantuviese el vínculo conyugal. Curiosamente, el artículo 64 de esta ley permite por primera vez, aunque con carácter subsidiario, el ejercicio de la patria potestad a la madre con respecto de sus hijos legítimos y no emancipados, tarea que anteriormente quedaba reservada para el padre.

10 GARCÍA GÁRATE, Alfredo, 1995, *El matrimonio religioso en el Derecho Civil*, Civitas, Madrid, pág. 59.

11 Decreto de fecha 3 de noviembre de 1931, publicado en la Gaceta de 4 de noviembre de 1931.

El Artículo 43 de la Constitución Republicana, de fecha 9 de diciembre de 1931, se redacta del siguiente modo: “*La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa*”.

fue la Ley 30/1981, promulgada tras la muerte de Francisco Franco; sin embargo, existe un precedente pionero que se instauró durante la II República que permitió por primera vez en España disolver el vínculo matrimonial.

La primera ley que permitía el divorcio entre cónyuges fue proclamada en fecha 25 de febrero de 1932 por las Cortes de la Segunda República Española, con tan sólo 23 votos en contra. Se trata de uno de los textos más progresistas de la legislación española al suponer un importante paso en la igualdad entre hombre y mujeres. El proceso de divorcio podía ser iniciado, tanto de mutuo acuerdo como contencioso, siempre y cuando se diese alguna de las trece razones recogidas en la ley (adulterio, enajenación mental, enfermedad contagiosa de carácter venéreo...)¹². La Ley de Divorcio de la República fue derogada el 23 de septiembre de 1939, por considerarse radicalmente opuesta al profundo sentido religioso de la sociedad española.

Estas reminiscencias de la regulación del divorcio-sanción quedarán patentes en la Ley 30/1981 de 7 de julio, que recoge también las razones por las cuales una pareja podía divorciarse, y que desaparecerán en la Ley de 2005, actualmente vigente, en la que ya no se requieren condiciones para solicitar el divorcio más allá de llevar tres meses casados en el momento de solicitud del divorcio.

El 7 de julio de 1981 se proclamó la Ley 30/1981, que legalizó el divorcio en España siempre y cuando los cónyuges acreditasen que la reconciliación no era factible, imponiendo previamente un periodo de separación, y siempre que se diese alguna de las causas recogidas en su artículo 82. Este cambio legislativo supuso en su momento la plasmación jurídica de nuevas realidades ya existentes debido a las profundas transformaciones sociales que se habían operado. En esta ley desaparece toda reminiscencia franquista sobre la defensa férrea de la indisolubilidad del matrimonio, entre otros motivos, además de los cambios sociales, porque la influencia de la Iglesia en las tareas legislativas comienza a ser residual.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (más conocida como “*Ley de Divorcio Express*”), fue introducida en nuestro país en el año 2005, trayendo consigo importantes cambios en la legislación vigente en el momento en materia de Familia. En su Exposición de Motivos enarboló la libertad para contraer matrimonio como principio básico, incardinada

12 *Gaceta de Madrid de 12 de marzo de 1932*, [en línea], núm. 72, página 1794, Disponible en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1932/072/A01794-01799.pdf>

ésta en el derecho a solicitar la disolución del vínculo matrimonial sin causa alguna, siempre y cuando uno de los cónyuges así lo desee, y de la mano del respeto al libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución Española (CE). Por tanto, con esta nueva ley basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para solicitar la disolución del mismo, sin que la parte demandada pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos procesales.

Una de las novedades más significativas de la Ley 15/2005 es la referente a la **desaparición de las causas de separación o divorcio** recogidas en los artículos 82 y 86 del Código Civil, lo cual supuso un importante paso adelante en materia de libertad de los cónyuges. Tradicionalmente, el divorcio se configuraba como el último recurso a la crisis de pareja, por el que se optaba cuando se determinaba que la reconciliación de los cónyuges era imposible; por esa razón hasta entonces, era necesario instar primero la separación y sólo transcurrido un periodo de no convivencia, se solicitaba el divorcio. Con esta ley, los cónyuges pueden solicitar el divorcio sin necesidad de separarse primero; el único requisito es que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. No obstante, y de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio.

Para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación. Es decir, el Juez en ningún caso entra a valorar las causas o motivos que han llevado a la pareja a tomar esa decisión.

4. Los cambios en el modelo de familia tradicional

Queda claramente patente el cambio en el concepto tradicional de familia. Cada momento histórico propone un determinado modelo de familia socialmente construido que, muchas veces, se presenta a sí mismo como natural¹³.

13 MONTAGNA, Plinio, 2016, "Parentalidad socioafectiva y las familias actuales", [en línea], *Derecho PUCP*, N° 77, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15636/16073>

Es innegable que se han producido una serie de profundas transformaciones ideológicas, sociológicas y culturales que han contribuido a la transformación de la propia institución de la familia y también del matrimonio¹⁴. Existe también una mentalidad mucho más abierta a los cambios que en décadas anteriores. En la actualidad, es más que frecuente encontrarnos con familias reconstruidas de progenitores divorciados o separados que rehacen su vida en segundas nupcias o a través de la mera convivencia, donde uno de ellos o ambos aportan hijos al nuevo matrimonio, conformándose como una familia, o de progenitores sin vínculo matrimonial, familias monoparentales, familias con progenitores del mismo sexo... Lógicamente, la legislación ha tenido que adaptarse a todos estos cambios estructurales, que se han producido en un lapso temporal relativamente corto, de hecho, algunos autores apuntan a que los cambios producidos en estos últimos 40 años han sido los más profundos de los últimos 20 siglos, opinión que sin duda comparto¹⁵.

La familia española se encuentra en la actualidad en un momento de profundas y aceleradas transformaciones, derivadas de múltiples factores que acaban afectando tanto a la estructura y composición como a los roles que desempeñan cada uno de sus miembros. Junto a las familias nucleares tradicionales constituidas por una pareja unida en matrimonio que convive con sus descendientes, aumenta la presencia de las familias denominadas “posnucleares”, “postradicionales” o en su caso “situaciones familiares avanzadas”¹⁶.

El modelo predominante hasta principios del siglo XX, en el que convivían tres generaciones, va desapareciendo de manera progresiva para dar paso a esta amalgama de relaciones familiares variadas. Primero, se dio paso a una

14 Son varios los motivos que, según enumera CULEBRAS LLANA, Irene, 2017, *Las uniones no matrimoniales en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Editorial SEPÍN., pág. 40, han contribuido a la transformación de la organización familiar, entre otras; la caída del patriarcado, la posposición de la maternidad, la incorporación de la mujer al mercado laboral, el auge de las nuevas técnicas reproductivas, que cuestionan que la unión entre hombre y mujer sea un elemento esencial para la procreación, o la internacionalización de las parejas.

15 VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen, 2008, “La familia; concepto, cambios y nuevos modelos”, [en línea], *La Revue du REDIF*, Vol. 1, Departamento de Psicología, Universidad de Deusto, (pp.15-22), pág. 15, Disponible en: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/lic/DE/PF/AM/05/cambios.pdf

16 Vid. VELA SÁNCHEZ, Antonio José, 2005, *Las Familias Monoparentales; su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Madrid, Comares, pág. 3.

familia nuclear extendida, generalmente numerosa hasta los años 80 y a veces ampliada por otros familiares de segundo o tercer grado que vivían en el mismo hogar, como abuelos o tíos.

Fruto de la “maleabilidad social en relación con el sistema familiar”¹⁷, que se inicia en la segunda mitad del siglo XX, se comienzan a reconocer, incluso jurídicamente, vínculos de maternidad o paternidad más allá de la biología; el afecto pasa a ser el paradigma de la parentalidad. Ya no resultan extraños a la sociedad ciertos vínculos familiares que hace unas décadas resultaban muy llamativos por distar del modelo familiar tradicional, por ejemplo, los matrimonios formados entre personas del mismo sexo o la reconstrucción de familias de progenitores separados de una primera unión en las que conviven hermanastros. Sin duda, otro de los fenómenos más extendidos es el de las madres que deciden formar voluntariamente familias uniparentales y recurren a métodos de inseminación artificial o a la adopción para tener hijos. Su calificación como familia no depende tanto de las causas que las han generado, sino más bien de sus consecuencias.

Las nuevas configuraciones familiares impulsan una desbiologización de la paternidad y de la maternidad, en la medida en que “hoy, las relaciones afectivas parecen encabezar los proyectos familiares, y por eso, conducen a la asunción de la responsabilidad de la conformación de las familias”¹⁸.

El modelo actual de familia puede considerarse más un “modelo a la carta”¹⁹, donde cada familia tiene unas circunstancias propias y diferentes al resto. Rompe con el canon familiar de estructura formada por padre-madre-hijo/s para pasar a una estructura donde cualquiera de estos miembros puede faltar o encontrarse duplicado²⁰. También es frecuente encontrar parejas en

17 Véase MONTAGNA.P., 2016, *Parentalidad socioafectiva...*, op. cit., pág. 223.

18 Destaca MONTAGNA, P., *Ibíd.*, pág. 224, la diferencia entre familia nuclear y extensa, refiriéndose con la primera al modelo en el que conviven padres e hijos, con el de extensa, que se configura como una estructura en la que terceras personas ajenas a la familia formada biológicamente crean lazos afectivos de igual fuerza.

19 Vid. VALDIVIA SÁNCHEZ, C, 2008, *La familia: concepto, cambios...*, op. cit., pág. 19.

20 En este estudio, MONTAGNA, P., 2015, *Parentalidad socioafectiva...*, op. cit., pág. 227, analiza desde un punto de vista psicoanalítico este concepto de “multiparentalidad”; se reconoce como un parentesco constituido por padres múltiples, es decir, cuando un padre establece una relación de paternidad o maternidad con más de un padre o de una madre. La desbiologización abre camino a la parentalidad socioafectiva, fundada en lazos afectivos, haya o no haya vínculo biológico. Así, surgen relaciones de afecto y familiaridad

las cuales uno o ambos están divorciados o separados, y aportan hijos a una nueva relación, fomentando así la convivencia entre hermanastros que comparten solamente a uno de los progenitores. En estas familias puede darse la situación de que un hijo reconozca como progenitores, por ejemplo, a su padre o madre biológicos y a la pareja posterior por tener situaciones de convivencia y afectividad similares entre ambas personas²¹.

En conclusión, vemos cómo la familia tradicional va dando paso a nuevas estructuras que merecen el reconocimiento del legislador, ya que se configuran como modelos de familia novedosos, con derecho a recibir la misma protección que la Constitución Española otorga a la familia tradicional. Como unidad, la familia cambia, pero sus funciones permanecen; podemos afirmar que en el siglo XXI ya no hay familia, sino más bien familias en plural. Las nuevas situaciones exigen una técnica jurídica renovada que se adecue a una sociedad, que se presenta como distinta y variable, y que brinda multitud de modelos de familia más allá de la familia nuclear tradicional. El jurista actual no puede limitarse exclusivamente a explicar la mera realidad, sino que tiene la obligación de crear opciones, de usar su imaginación y estimular al legislador para que éste dé los pasos necesarios para plasmar estos cambios²².

de los menores con las parejas de los progenitores que no son tal desde el punto de vista biológico. La filiación afectiva es aquella que resulta no de la biología, sino del vínculo afectivo. Implica ser tratado efectivamente como a un hijo, incluso en lo que se refiere a las obligaciones frente a la sociedad. La afectividad, que en palabras del autor no debe ser confundida con el amor, comienza no sólo a cumplir un papel relevante en la perspectiva jurídica de la composición familiar, sino que puede fundar una relación de parentesco. Es interesante mencionar también el concepto introducido por el autor de “paternidad o maternidad psicológica”: Se refiere a una persona que tiene una relación parental con un niño, esté o no biológicamente ligado a él (por ejemplo, segundas parejas de ambos progenitores).

21 Lo que sí ha suscitado cierta polémica es si las parejas que conviven extramatrimonialmente y deciden no tener hijos pueden considerarse familia: La cuestión no es nada sencilla según GARCÍA-CUEVAS ROQUE, Elena, 2014, “El matrimonio en la Constitución Española, un enfoque doctrinal y jurisprudencial”, Foro Nueva Época, volumen 17, núm., Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/45816>; por un lado, el matrimonio es un derecho subjetivo que está relacionado con las opciones personales de los ciudadanos; pero a su vez, la familia es un bien constitucional, objetivo de la protección social y económica del Estado. La conclusión de la autora es que, si se la contempla como una familia de dos personas que conviven sin descendencia, y no como pareja, quedará prohibida toda diferenciación o desigualdad de trato.

22 VELA SÁNCHEZ, J.A., 2008, *Las familias monoparentales...*, op. cit., pág. 12.

Analizamos a continuación algunos de los fenómenos sociales más importantes que han afectado a estos cambios en el modelo familiar tradicional, los cuales conviven de manera natural con el mismo, y que han pasado de tener carácter residual a verse como modelos habituales en la sociedad.

4.1. El incremento en España de las uniones de hecho y las relaciones no matrimoniales

Hace tan sólo unas décadas, las relaciones extramatrimoniales (entendidas como aquellas en las que no existe vínculo matrimonial) gozaban de carácter excepcional, incluso podemos afirmar que no eran bien acogidas por la sociedad. A día de hoy, una parte importante del tejido familiar está formado por uniones de hecho o parejas que optan por la convivencia sin contraer matrimonio, ya sea civil o religioso. No existe una ley estatal que regule esta figura, sino que se encuentra regulada de manera dispersa en las diferentes regulaciones autonómicas. Tampoco existe la pareja de hecho como estado civil.

Al hablar de parejas estables no casadas o de uniones de hecho nos estamos refiriendo a “una situación de coexistencia diaria y con vocación de permanencia, creándose entre los convivientes unidos sentimentalmente un ámbito común de intereses y fines, dentro del núcleo común de su hogar compartido, siendo el deseo de los mismos no sujetarse a reglas preestablecidas que pudieran condicionar su libertad de elección”²³.

El matrimonio se configura como un derecho y no como una obligación, y del mismo modo que el artículo 32 CE protege el derecho a contraer matrimonio, también debe recogerse y proteger el derecho a no contraerlo²⁴.

23 CUENCA ALCAINE, Begoña, 2010, “El marco jurídico de las Uniones de Hecho en España”, [en línea], Noticias Jurídicas, Madrid, Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4584-el-marco-juridico-de-las-uniones-de-hecho-en-espana/>

24 Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 184/1990, FJ 2º, de 15 de diciembre de 1990: “... el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial”. En la misma línea se sitúa el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 156/1987 de 11 de febrero de 1987: “La libertad de opción entre el estado de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento de orden político y de la paz social”.

El marco jurídico de las uniones extramatrimoniales hasta fechas recientes se caracterizaba por constituirse como un vacío legal, en parte debido a la tradición histórica que vinculaba convivencia y matrimonio en nuestro país; precisamente por el carácter reciente de esta figura, ni la Constitución ni el Código Civil hablan de la misma, sino que solamente se configura en legislaciones a nivel autonómico, siendo por ello necesaria una reforma legislativa integral que recoja esta realidad. pues el hecho de que dos personas, con independencia de su sexo, convivan unidas por un vínculo de afectividad análoga a la conyugal, “*crea un conjunto de relaciones, derechos y deberes personales y patrimoniales, tanto entre sus miembros como con relación a terceras personas, que en la actualidad no pueden ser desconocidos por el derecho positivo y que merecen la protección de los poderes públicos mediante la correspondiente legislación*”²⁵.

Con respecto a las uniones extramatrimoniales que deciden no ligarse por ningún tipo de vínculos, una muy acertada definición es la de “convivencia duradera de dos personas que han constituido una comunidad de vida, con responsabilidades y cuidados recíprocos, no precedida ni acompañada de ceremonia alguna, cuando los convenientes se presentan y tratan como si fuesen cónyuges”²⁶.

Una de las razones principales que pueden justificar el incremento de las uniones de hecho es que, en paralelo al aumento de las separaciones y divorcios, se ha producido un notable incremento de las segundas uniones, al menos de una de las partes de la pareja. Actualmente, 1 de cada 5 parejas suponen la segunda unión para una de las partes de la misma. Esto se produce porque aquellas personas que inician una nueva relación tras “pasar por el

25 Recogido en el Preámbulo de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana. La finalidad de esta ley, extrapolable al resto de leyes autonómicas que regulan la convivencia *more uxorio*, es establecer un instrumento jurídico adecuado y suficiente que permita a las parejas ordenar su convivencia en el aspecto personal y patrimonial, cuando no hayan contraído matrimonio, de acuerdo con los principios de igualdad y de no discriminación. Por otro lado, la STS de 18 mayo de 1992 recoge que “*la convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados*”.

26 GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., 2012, *Inexistencia, nulidad del matrimonio y sistema matrimonial*, Barcelona, Bosch, pág. 11.

altar” prefieren vivir sin contraer matrimonio en su segunda relación²⁷. Otras, por cuestiones fiscales y legales, optan por constituirse como pareja de hecho.

Las parejas de hecho no dejan de ser una realidad en nuestra sociedad²⁸, aunque las mismas no se encuentren reconocidas y legisladas a nivel nacional; y a favor de ese reconocimiento y de esa protección se han pronunciado tanto el Consejo de Europa como distintas instituciones de la Unión Europea, mediante las siguientes disposiciones, entre otras: Resolución de 1 de octubre de 1981 de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa, Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1984, Recomendación del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1988 que postula el reconocimiento de la eficacia de los pactos y contratos entre las personas convivientes de hecho; Resolución del Parlamento Europeo de 6 de febrero de 1994 y Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 26 de septiembre de 2000.

Entre los años 1998 y 2015, 12 de las 17 Comunidades Autónomas habían introducido esta institución en sus distintos ordenamientos²⁹. Pero la regu-

27 CASTRO MARTIN, Teresa, SEIZ PUYUELO, Marta, 2014, “La transformación de las familias de España desde una perspectiva sociodemográfica”, [en línea], *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, Disponible en: https://www.foessa2014.es/informe/uploaded/documentos_trabajo/13112014045006_7884.pdf

28 Según recoge FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña, 1998, *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, España, Editorial Dykinson, pág. 45, “el Derecho ha de sancionar y reconocer la existencia de unos vínculos que tienen su base en las relaciones más naturales”. Por ello, todo ordenamiento jurídico tiene la obligación de procurar el cumplimiento de los deberes más elementales de la paternidad, así como también asegurar la función social que tanto la familia como los progenitores deben desempeñar.

29 Las leyes autonómicas que regulan las relaciones extramatrimoniales son las siguientes: Cataluña: *Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja*; Aragón: *Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas*; Navarra: *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables*; Valencia: *Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho*; Baleares: *Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables*; Madrid: *Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid*; Asturias: *Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables del Principado de Asturias*; Andalucía: *Ley 5/2002, de 28 de diciembre, de parejas de hecho de Andalucía*; Extremadura: *Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la CCAA de Extremadura*; Canarias: *Ley 5/2003, de 6 de marzo, de las parejas de hecho de la CCAA de Canarias*; País Vasco: *Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho*; Cantabria: *Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la comunidad autónoma de Cantabria*. Todas estas leyes, que difieren entre sí en los dere-

lación autonómica no puede considerarse homogénea, pues depende de las competencias que tengan transferidas.

A día de hoy, resulta dudosamente constitucional que una pareja de hecho, independientemente del sexo de sus miembros, pueda tener derechos y obligaciones diferentes a los de cualquier otra pareja, y dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que residan; y sin embargo, la regulación actual de las parejas de hecho no es la misma que para los matrimonios civiles o religiosos³⁰, dependiendo incluso del lugar en el que se hallan constituido como tal, lo que ha obligado a la jurisprudencia a llenar el vacío legal relativo a las parejas de hecho acudiendo a la analogía con el matrimonio, o a través de los principios generales del Derecho.

Cuando una pareja no unida por vínculo matrimonial con hijos decide romper su relación, deberá acudir a un procedimiento de medidas paterno-filiales, equiparado al procedimiento de separación y divorcio en todo lo relativo a las cuestiones de los hijos menores por el mero hecho de existir una relación paternofilial entre ellos. El artículo 748.3 de la LEC se aplica tanto a hijos matrimoniales como extramatrimoniales; sin embargo, el reparto de bienes comunes de las parejas sin que exista vínculo matrimonial no cabe en el 748.4 LEC, por el uso de la expresión “exclusivamente”.

La circunstancia de que las parejas de hecho deban acudir al procedimiento ordinario para ventilar ciertas cuestiones suscitadas como consecuencia de la crisis de pareja, contribuye “a la inseguridad y a la dispersión jurídica y normativa”³¹. De hecho, esta figura ni siquiera está regulada a nivel nacio-

chos que garantizan a las parejas, pretendían dar respuesta a una doble demanda social: las exigencias de cobertura de las parejas cohabitantes, por una parte, y las de las parejas de distinto sexo (cohabitantes también), por otra.

30 ANDRÉS JOVEN, Joaquín, 2017, “La evolución del Derecho de Familia en los últimos 25 años”, en *Homenaje a Luis Zarraquín Sánchez- Eznarriaga*, AEAFA, Madrid, (pp.15-23). El autor se muestra crítico con esta disparidad legislativa que denota inseguridad jurídica a aquellas personas que optan por constituirse como pareja de hecho. Toda esta problemática poco ha evolucionado en la última década, y tampoco parece que esté previsto en la agenda del legislador. Considera muy importante para el Derecho de Familia la promulgación de una ley estatal de parejas de hecho que equipare esta figura en todo el territorio nacional.

31 En este sentido se pronuncia GARCÍA ABURUZA, María Paz, 2009, *La Protección a la Familia desde los Procesos Matrimoniales*, Thomson Reuters, Madrid, pág. 31. Sin embargo, le otorga un carácter voluntario a esta exclusión normativa; algunos sectores lo consideran una exclusión voluntaria por parte de los que no optan por esta forma de

nal, siendo recogida solamente en las legislaciones autonómicas, disponiendo cada una de su propia regulación. Sin embargo, son muestra de la realidad social cambiante en la que nos encontramos, en la que muchas parejas no quieren vincularse de la manera socialmente establecida y deciden convivir o tener hijos según la forma reconocida legalmente como *more uxorio*.

Cada vez hay más parejas que prefieren optar por esta modalidad de unión en detrimento de las tradicionalmente establecidas; el número de hogares formados por uniones convencionales no matrimoniales se ha triplicado en los últimos años, con un incremento del año 2001 al 2013 de un 18 %. El número de parejas de hecho constituidas en España desde el año 2013 ha crecido a un ritmo constante, sin que pueda hablarse de *boom*. A estas parejas habría que sumar aquellas que conviven extramatrimonialmente pero que no se han constituido como pareja de hecho, las cuales son imposibles de cuantificar. Aun así, las cifras de parejas de hecho distan muchos de aquellas que eligen contraer matrimonio, ya sea por el rito religioso o por el rito civil. En 2015, por ejemplo, el número de parejas casadas fue del 85 %, mientras las parejas de hecho alcanzaron un 14,5%. En el año 2019, el total de uniones fue de 11.344,5³²; de todas estas uniones, solamente un 15,7% se consolidó como pareja de hecho, siendo el resto matrimonios.

4.2. La filiación no matrimonial

La filiación, que no tiene que provenir de una relación derivada de la procreación, es la relación jurídica existente entre los padres y sus hijos; resulta del hecho de tener a uno o más progenitores y ser parte de una familia, independientemente de que el origen se halle en una generación natural, adopción, maternidad subrogada, o reproducción asistida³³. Partimos de una igualdad real de todos los hijos, reconocida en los artículos 14 y 39.2 de la CE, que prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento (ya sea éste matrimonial o extramatrimonial), o por cualquier otra circunstancia personal (adopción).

vida y no apuestan por aquella a la que el ordenamiento jurídico le aparea una normativa especial.

32 En miles. Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (INE)

<https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/lo/&file=01018.px#!tabs-tabla>

33 PADIAL ALBAS, Adoración, 2018, *La relación materno y paterno filial en el Derecho de Familia catalán*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 23.

Derivado de la convivencia no matrimonial, surge el término filiación no matrimonial, que hace referencia a aquella que tiene lugar por naturaleza, que se produce cuando no existe unión matrimonial entre los progenitores en el momento de la concepción ni en el del nacimiento del hijo, ni tampoco contraen matrimonio con posterioridad a éste. Es decir, la misma se enmarca dentro de las relaciones *more uxorio*.

Algunos autores consideran que la Constitución Española no censura ni da connotación negativa alguna a las uniones paraconyugales, aunque tampoco otorga los mismos derechos y deberes propios del matrimonio, excepto en lo relativo a los hijos. Pero esta diferencia no debe suponer discriminación alguna, ni es contraria al principio de igualdad jurídica, ya que quienes no quieren casarse no pueden pedir ni pretender idéntica situación a la que tienen las parejas casadas³⁴.

Partimos de la base, por tanto, de que aquellos derechos y deberes que la Constitución Española otorga a los hijos habidos en el seno matrimonial son extensivos del mismo modo a los hijos no matrimoniales, en virtud del principio de igualdad recogido en los artículos 14 y 39 de la misma.

No vamos a analizar en este apartado el procedimiento de reconocimiento de la filiación; más bien nos referimos de manera genérica a parejas que, de forma voluntaria y consciente, deciden tener hijos en el seno de una relación sin vínculos matrimoniales, pues lo contrario sería extenderse en una cuestión que no es materia de estudio de este trabajo. Y de nuevo, dentro de las uniones de hecho con hijos no matrimoniales, nos encontramos con parejas homosexuales o heterosexuales.

El porcentaje de hijos nacidos fuera del matrimonio (de madre no casada) experimentó en la década de los 2000 un espectacular crecimiento, pasando de un exiguo 2% en el año 1975 a un 17,1% en el año 2000, lo que significó un ritmo de crecimiento anual acumulativo del 9,1%. En el año 2010, esa cifra había crecido hasta alcanzar el 35,51%. En el año 2015 el porcentaje de nacidos de madre no casada alcanzó un 44,5%, el valor más alto de toda la serie histórica. Y en el año 2016, en España, el 45,9% de los hijos eran de pareja

34 Véase FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, B., 1998, *El reconocimiento de los hijos...*, op. cit., pág. 28. En el año 1999 el diputado del Grupo Popular, Sr. Cárceles Nieto, defendía la “no inclusión” de las parejas no casadas basándose en “primero, una falta de regulación de la materia en el derecho sustantivo, con lo que difícilmente se podían dictar al efecto normas procesales. Y segundo, porque el matrimonio implica unos derechos y deberes, negando esa posición las parejas de hecho, que se mueven con arreglo al principio de oportunidad, pero no se reconocen derechos y deberes entre sí”.

no casada; la tasa actual en Europa asciende a un 43%, según datos de Eurostat³⁵. Es decir, si las estadísticas continúan la tendencia manifestada hasta la fecha, es muy probable que, en muy pocos años, el número de hijos de progenitores no casados supere el de hijos que provienen de parejas unidas por un vínculo matrimonial³⁶.

Tanto las familias monoparentales como las familias reconstituidas³⁷ arrancan, salvo en el caso de la monoparentalidad por elección, de la disolución de la familia nuclear. Y no pueden ser obviadas ya que las estadísticas apuntan a que el incremento de las mismas es exponencial, debiendo en todo caso ser tratadas jurídicamente exactamente del mismo modo que las familias intactas.

4.3. El matrimonio homosexual

En el año 2005 se aprobó en España la Ley 23/2005, de 1 de julio, que modifica la redacción del Código Civil para permitir la unión entre personas del mismo sexo; a pesar de la negativa de “los políticos más conservadores y la curia eclesiástica, triunfó la reivindicación de igualdad de los colectivos de gays y lesbianas, recogida en el programa del partido en el gobierno en ese momento”³⁸. El objeto principal de la modificación legislativa consiste en la superación de perjuicios y estigmatizaciones, así como de una situación de discriminación histórica basada en la preferencia sexual de las personas, permitiendo que aquellos que opten por una orientación afectiva hacia personas del mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos y ejercerse

35 S.F., 2019, “El 46 por ciento de los bebés españoles nacen de parejas no casadas”, [en línea], *ABC Digital*, Disponible en: https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-46-por-ciento-bebes-espanoles-nacen-parejas-no-casadas-201808091247_noticia.html

36 De hecho, en algunos países “ya nacen más niños fuera del matrimonio que dentro. Estonia (59,1%), Eslovenia (54,7%), Suecia (54,6%), Francia (51,3%) y Bulgaria (51,1%), son países donde ya se producen más nacimientos fuera del matrimonio que dentro”, en CULEBRAS LLANA, I., 2017, *Uniones no matrimoniales...*, op. cit., pág. 49.

37 Con familias reconstituidas me refiero a aquel grupo formado por un progenitor, su pareja y los hijos de al menos uno de ellos, así como comunes en caso de haberlos. El origen de la familia reconstituida puede ser diverso; que uno de los progenitores sea viudo, que sean progenitores separados o divorciados, y casos de filiación de un solo progenitor. La familia reconstituida puede formalizarse o no mediante matrimonio posteriormente.

38 VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos; HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, 2013, “Las parejas estables”, en *Derecho de Familia*, 1ª Ed., Bosch, Madrid, pág. 584.

en condiciones de igualdad respecto de los heterosexuales³⁹. Derechos por otra parte que son reconocidos, a nivel internacional, por una clara minoría de países (como por ejemplo Bélgica, Holanda o Canadá), aunque es previsible que cada vez sean más países los que reconozcan esta figura. Evidentemente, “este proceso de legalización entraña importantes implicaciones en la concepción del matrimonio y la pareja, de la misma manera que la cohabitación en Europa lo había hecho durante la década precedente”⁴⁰.

En España, tras la reforma mencionada, el artículo 44 del Código Civil se modificó quedando redactado del siguiente modo: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”⁴¹. La universalización del matrimonio homosexual en España se produce en un contexto europeo de progresiva, aunque lenta, legalización de las uniones homosexuales, y pone de manifiesto el interés por conocer en profundidad estas uniones desde un punto de vista sociológico y demográfico,

39 CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, 2007, *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, 1ª Edición, Iustel, Madrid, pág. 41.

40 CORTINA TRILLA, Clara, CABRÉ PLÁ, Anna, 2010, “Las uniones homosexuales en España. Una caracterización sociodemográfica a partir del censo de 2001”, [en línea], *Papers* 95/3, (pp.585-583), Disponible en: <https://www.siiis.net/documentos/ficha/189265.pdf>

41 Párrafo 2.º del artículo 44 introducido por el apartado uno del artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio («B.O.E.» 2 julio). Vigencia: 3 julio de 2005. Esta reforma se aprobó durante el gobierno socialista de presidente José Luis Rodríguez Zapatero, con los votos a favor de todos los grupos parlamentarios, salvo del Partido Popular y de los diputados de Unió. Más de cincuenta diputados del Grupo Popular interpusieron posteriormente un recurso de inconstitucionalidad rechazado por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia 198/2012, de fecha 6 de noviembre de 2012.

Disponible en el Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf> de fecha 28 de noviembre de 2012, pág. 28: “Este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social, y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005” (...) Por tanto, desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada”.

a pesar de que los estudios acerca del impacto social de la ley son sorprendentemente escasos⁴².

En el año 2005 se produjeron solamente en España 1.269 matrimonios entre personas del mismo sexo, de los cuales 914 fueron entre hombres y 355 entre mujeres⁴³. En el año 2006, el año posterior a la aprobación de la ley, se produjo un *boom* en la cifra de matrimonios homosexuales que con el paso de los años ha ido estabilizándose, así como el hecho de que los matrimonios entre mujeres y entre hombres parecen seguir la misma progresión; a pesar de que al principio predominó el matrimonio entre hombres, en el año 2016 las cifras ya se encuentran prácticamente equiparadas. En el año 2019 se produjeron 5.141 bodas entre personas del mismo sexo, un 3,1 % del total, la cifra más alta de la serie histórica.

Del mismo modo, han aumentado las posibilidades de las parejas homosexuales de convertirse en progenitores, en gran medida por los avances biológicos, tal y como se analizará posteriormente, y por medio de procesos de adopción.

El debate sobre el matrimonio homosexual no es ni ha sido una cuestión pacífica en la historia de nuestro país. El Dictamen del Consejo de Estado⁴⁴ concluye diciendo, refiriéndose al concepto de matrimonio homosexual, que el medio usado no es adecuado al fin perseguido, “porque existe en el ordenamiento la posibilidad de reconocer jurídicamente las uniones homosexuales sin necesidad de desnaturalizar la institución del matrimonio, configurada y caracterizada a través del tiempo de una manera bien conocida por todos”. Sin entrar en terminología que pueda dar pie a discusiones, lo que sí es cierto es que la unión entre personas del mismo sexo está en la actualidad reconocida e integrada en nuestra sociedad, y tiene incidencia en la concepción y configuración de familia, especialmente si éstos optan por tener descendencia, y sobre

42 CORTINA C., CABRÉ A., 2010, *Las uniones homosexuales en España. Una caracterización...*, op. cit.

43 Página Oficial del Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=9107>

44 RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Xaime, 2005, “Sobre el dictamen del Consejo de Estado y Matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Diario La Ley*, pp. 1612-1618. La letra del art. II-69 de la rechazada Constitución Europea parece contradecir la esencia heterosexual del matrimonio, puesto que señala que “se garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”; es decir, que no existe referencia como tal a “*hombre y mujer*”, referencia que sí aparece en la Declaración Universal, en el Convenio de Roma y en la Constitución Española.

uno de los objetos de estudio principales de este trabajo, que puede resumirse en la protección del mejor interés de los menores en caso de ruptura de pareja.

Cuando nos encontramos ante la ruptura de un matrimonio o una unión afectiva sin necesidad de que exista vínculo matrimonial, en relación con los modelos de guarda y custodia existentes en caso de que dicho matrimonio tenga hijos, se podrá aplicar cualquiera de las modalidades, independientemente de la orientación sexual de los progenitores, ya que el ejercicio de la patria potestad es idéntico para ambos cónyuges en los casos de matrimonio homosexual.

Es por esta razón por la que se modificó la redacción del artículo 154.1 del Código Civil de 1981, que recogía que *“los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre”*, y se sustituyó por el precepto actual que está redactado del siguiente modo: *“Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores”*.

Por ello, al hablar de progenitores a lo largo de este trabajo se abarcan tanto las personas homosexuales como heterosexuales, ya que las posibilidades de convertirse en progenitores de ambos han aumentado gracias a métodos como la gestación subrogada, la inseminación artificial o la adopción. De hecho, ha quedado acreditado que las leyes españolas han sustituido progresivamente términos como “padre” y “madre” por el de “progenitores”, aunque de manera residual se continúa haciendo referencia a estas figuras.

4.4. Los hogares monoparentales

Otro fenómeno que afecta a la institución de la familia en España es el aumento del número de hogares monoparentales, en los que el hijo⁴⁵, por diversas circunstancias, convive solamente con uno de los progenitores. Este modelo de hogar ha existido siempre, pero su visibilidad y su legitimación social son relativamente recientes al haberse abierto el abanico de vías de acceso a la monoparentalidad voluntaria, sin carácter estigmatizante.

La Comisión de las Comunidades Europeas (*Commission Of The European Communities; Lone Parent Families*) define a la familia monoparental como “aquella formada por un progenitor que, sin convivir con su cónyuge

⁴⁵ Cuando hablo de hijos o hijas incluyo a los menores e incapacitados que dependen de una sola persona, tanto hijos biológicos como adoptados, tutelados, en régimen de acogida, incapacitados sujetos a curatela... Es decir, hay que tomar el concepto “hijos” desde un punto de vista genérico.

ni cohabitando con otras personas, convive al menos con un hijo o hija dependiente y soltero”. Esta situación puede darse por tres motivos: (i) Madre soltera con hijos pequeños a cargo; (ii) haberse llevado a cabo un proceso de separación, divorcio o medidas paternofiliales; o (iii) que uno de los dos progenitores haya fallecido.

La característica más importante de las familias monoparentales es que la responsabilidad recae solamente sobre una persona, que en la mayor parte de las ocasiones se trata de una mujer.

La desinstitucionalización del matrimonio llevó aparejado un aumento de separaciones y divorcios, y como consecuencia de ello, a una mayor frecuencia de la monoparentalidad, a la que debemos sumar los hogares monoparentales por elección y aquellos en los que uno de los progenitores ha fallecido.

En el año 2017, el total de familias monoparentales en España alcanzó la cifra de 1.842,4, aumentando a 1.887,5 en el año 2019⁴⁶. En la mayoría de ellos, el cabeza de familia era la madre. Esta cifra ha ido aumentando desde el año 2014, que se fijó en 1.707,07, computado en miles de personas⁴⁷.

La Sociología ha realizado estudios sobre las causas por las cuales la monoparentalidad ha aumentado en las últimas décadas, siendo éstas muy variadas; la inseminación artificial de la mujer sin pareja estable, el cambio positivo de imagen que se ha producido de las llamadas madres solteras, el incremento de la adopción, acogimiento, tutela o curatela realizada por una sola persona...

El fenómeno anteriormente citado de la “desbiologización de la maternidad y de la paternidad” ha sido posible, paradójicamente, gracias a los avances en la propia biología, que permite múltiples opciones para que una persona pueda ser madre o padre sin necesidad de contar con otro progenitor⁴⁸.

Existe además mayor permisividad social en lo que a materias de sexuali-

46 Instituto Nacional de Estadística, disponible en: <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/lo/&file=01017.px>

47 JOCILES RUBIO, María Isabel; RIVAS, Ana María, *La monoparentalidad por elección*, 2003 Tirant Lo Blanch, Madrid, pág. 23. En esta obra se destaca que la inexistencia de una idea precisa de monoparentalidad pone de manifiesto las dificultades existentes para reflejar la complejidad y heterogeneidad del fenómeno. De hecho, madres solteras consultadas consideran que los casos en los que la monoparentalidad es consecuencia de un divorcio o una separación no pueden ser considerados como tales, pues sigue existiendo contacto con el otro progenitor y los problemas que deben encararse con diferentes a los de una madre.

48 MONTAGNA, P., 2017, *Parentalidad socioafectiva...*, op. cit., pág.5.

dad y cohabitación se refiere, de modo que la sexualidad ya no está asociada al matrimonio y la cohabitación de la pareja suele producirse con anterioridad a la celebración del matrimonio, suponiendo que éste llegue a formalizarse, pues ya no es condición básica para la paternidad.

Los datos a nivel europeo de familias monoparentales muestran una fuerte variación. En Francia, en el año 1996 suponían un 15% de la población total; en Grecia e Italia oscilaban entre un 7 y 8%, y en Reino Unido alcanzaban el 23%. En Estados Unidos un 26% de menores de dieciocho años vivían con un solo progenitor, porcentaje que se elevó al 40% en el año 2000. En España, aunque la monoparentalidad a principios de siglo era menor a la media de otros países europeos y americanos, comenzaba a experimentar un ascenso imparable, razón por la cual los legisladores debieron y deben prestar especial atención a las leyes que afectan a este colectivo cada vez más numeroso.

En los casos de separación, divorcio o en los llamados madre soltera, el padre existe, por lo que sería preferible conceptualizarlo como “hogar monoparental” y no “familia monoparental”, reservando esta acepción para los casos en los que uno de los progenitores ha fallecido o cuando se atribuye la patria potestad a uno de los progenitores; bien porque este se ha desentendido de sus funciones o porque nos encontramos ante un hogar monoparental por elección.

Los problemas más visibles que la monoparentalidad conlleva son en primer lugar las consecuencias económicas, al ser solamente una persona la que aporta económicamente al núcleo familiar. De hecho, la tasa de actividad laboral de las madres solas con hijos dependientes a cargo es mucho mayor que la de las madres de familias biparentales⁴⁹. Resulta mucho más difícil para estas familias la conciliación de vida familiar y laboral, con la consiguiente sobrecarga de responsabilidades. Por otro lado, se produce una pérdida del referente o autoridad parental que lleva aparejada sobrecarga, sentimientos de ansiedad y soledad.

En Europa, en la actualidad, una de cada diez familias es monoparental, y de ellas el 80% el referente parental es una mujer, lo que indica que el número de niños que no viven con el padre es mucho más elevado que el número de menores que no conviven con la figura materna⁵⁰.

49 TERCERO GARCÍA, Sandra, 2015, *Las familias monoparentales. Una aproximación a sus principales problemas y necesidades*, [en línea], Universidad de Murcia, Vol. 13-14, Disponible en: http://www.unileon.es/trabajo_social/revista.asp

50 Este tipo de familias se dan sobre todo entre mujeres profesionales con un nivel

4.5. Cambios en el modelo de natalidad y maternidad

En el año 2015, la tasa de natalidad quedó en 9,02 nacidos por cada 1.000 habitantes, situándose el número de hijos por mujer en 1,33. En el año 2017, este indicador decreció hasta los 1,31 hijos por mujer, dándose un total de 8,4 nacimientos por cada 1.000 habitantes, el número más bajo desde el año 1996, de los cuales un 19,3% son de madre extranjera. Y la cifra de 2018 es sin duda alarmante; se ha alcanzado la peor tasa de natalidad desde el año 1941, descendiendo la natalidad total con respecto al año 2017⁵¹. Puede concluirse que ha aumentado el número de hogares en España, pero se ha disminuido el número de personas por hogar, sobre todo en lo que al número de hijos respecta.

Resulta curioso que, en los inicios del siglo XX, España tuviese uno de los niveles de fecundidad más elevados de toda Europa. En los años 70 se aprecia un descenso que posteriormente tuvo cierta recuperación; sin embargo, en el año 1998, la crisis económica truncó una posible recuperación de los niveles de fecundidad. En el año 2003, la tasa de natalidad era de 10,44 hijos por cada mil habitantes; en el año 2018, la tasa de natalidad había decrecido a 7,94 hijos por cada mil habitantes⁵². A día de hoy, la tasa media de natalidad es de 7,62 hijos por cada 1.000 habitantes. Sin embargo, existen diferencias de comportamiento entre las mujeres españolas y las extranjeras, elevando de manera considerable éstas últimas la media nacional.

Existen conexiones entre el nivel educativo de la mujer y el número de hijos, la diferencia entre el número deseado de hijos y el número de hijos que se tienen suele ser particularmente elevada entre las mujeres de mayor nivel educativo, que tienden a manifestar un objetivo idéntico al de las mujeres con menor educación, pero al final acaban teniendo menos hijos⁵³. El atraso en la

laboral y económico medio-alto, que toman el modelo de familia monoparental de manera voluntaria y prescinden de una relación estable con un hombre. Estas cifras han aumentado gracias a la adopción internacional y como consecuencia de los embarazos buscados, así como a los avances de la medicina en materia de reproducción asistida.

⁵¹ GORRIN, G, Javier, “España sufre en 2018 el menor número de nacimientos de la serie histórica”, en *El confidencial*, 11 de diciembre de 2018, Disponible en: https://www.elconfidencial.com/economia/2018-12-11/espana-menor-numero-nacimientos-historia-defunciones_1698198/

⁵² Fuente: INE. Disponible en: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1433>, [en línea].

⁵³ ESPING-ANDERSEN, Gøsta, “El déficit de la natalidad en Europa; la singula-

edad para concebir al primer hijo supone de manera general, (aunque no en todos los casos) una menor probabilidad de formar una familia de más de un hijo. En el año 2017, la edad media de la mujer que concebía su primer hijo era de 32,1 años, la más alta de toda la historia y una de las más elevadas de la Unión Europea. En el año 2019, esta cifra ya había ascendido a los 32,25 años.

Además, España se encuentra muy por debajo de la media en lo que a familias numerosas respecta; Tan sólo un 8% de los hogares españoles cuenta con 3 o más hijos. Un porcentaje muy por debajo del resto de Europa. Se encuentra en el puesto antepenúltimo de la tabla con los mismos resultados que Italia; por debajo, solo se encuentran Portugal (6%) y Bulgaria (5%). República Checa y Lituania arrojan unos porcentajes del 9%.

Según datos del año 2016, el 72% de las familias numerosas en España tenían tres hijos, y un 14% contaban con cuatro hijos a su cargo. Son residuales aquellas familias formadas por más de 5 hijos. La crisis económica, que se traduce en un elevado coste por hijo, y la incorporación de la mujer al mercado laboral han contribuido a la disminución de estas cifras.

ridad del caso español”, [en línea], *Colección Estudios Sociales*, número 36, Disponible en: <http://backend.demografia.ieg.csic.es/upload/files/cv/pdf/publication/a6139b-8ce764004722637a4d3e1c5e5e.pdf>

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS ACTUALES DEL SISTEMA DE DERECHO DE FAMILIA

1. Introducción: La judicialización del conflicto familiar

Existen situaciones en las que los problemas familiares se enquistan de tal modo que acaban siendo dirimidas por un Juzgado, coyuntura que se da cuando los excónyuges son incapaces de ver más allá del problema y resulta a todas luces imposible llegar a un consenso entre ellos en aras de primar el interés de los menores afectados por el procedimiento. Todo ello deriva en largos plazos para resolver un procedimiento, debido al colapso en los Juzgados, los cuales además no gozan de la especialización en materia de Familia en muchas Comunidades Autónomas de España, lo que significa que los problemas relativos al Derecho de Familia no se dirimen con los medios humanos y técnicos necesarios de acuerdo con la naturaleza de este tipo de procedimientos.

Los Juzgados, especializados o no, se encuentran absolutamente colapsados ante la avalancha de denuncias y demandas de todos los órdenes jurisdiccionales, acuciado por la crisis sanitaria que hemos vivido a nivel mundial, y que seguimos sufriendo.

Para entender las razones de la hiperjudicialización, es necesario remontarnos al origen del sistema de la Administración de Justicia en España, el cual se consolidó con el proceso de codificación, así como tener en cuenta la mentalidad de la sociedad española, tendente a la judicialización de los conflictos. Aunque, en realidad, esta característica puede extrapolarse a la mayoría de los países, especialmente en aquellos con democracias jóvenes.

La Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil lleva veinte más de 19 años, periodo en el cual se han realizado muchísimas reformas que han resultado ser simples parches poco acordes con el principio de seguridad jurídica. Falta, además, en los procedimientos una intervención judicial rápida en lo que se refiere a incumplimientos de las obligaciones típicas derivadas de una materia tan especial como es el Derecho de Familia, como son el impago de alimentos o el incumplimiento del régimen de visitas. Por ejemplo, en el momento en el que se solicitan medidas provisionales o coetáneas a la demanda de divorcio que conllevan medidas relativas a los menores, éstas

deberían fijarse de manera inmediata para preservar la estabilidad de esa familia hasta que se tramite el procedimiento principal; sin embargo, debido a la gran cantidad de expedientes que llegan a los Juzgados, estas medidas, en ocasiones, tardan meses en regularse, dejando a las familias en un limbo en el que, en general, se producen fuertes tensiones entre los todavía cónyuges al no existir reglas impuestas por un tercero, ni ser capaces ellos mismos de regular su situación, porque el sistema no pone a su disposición las herramientas que les permitirían aplacar la tensión y conflictividad.

En el ámbito del Derecho de Familia, hay que partir del principio de que, en determinadas ocasiones, el cumplimiento de una sentencia, especialmente a aquellas derivadas de un procedimiento contencioso, resulta imposible o muy dificultoso, y puede generar unas problemáticas adicionales no deseadas por ambos progenitores provocándose así una escalada geométrica del primitivo conflicto. Lo que sucede es que cuando las sentencias homologan o aprueban convenios reguladores, “pueden plantearse problemas técnico- jurídicos en el momento de la ejecución cuando alguno de los pactos es de difícil interpretación, de notoria imprecisión o dependen de acciones de un tercero (por ejemplo, compartir a la misma empleada de hogar, siendo uno solo el empleador; normas sobre las mascotas; derechos sobre viviendas propiedad de un tercero; etc.)”¹.

Una de las funciones básicas del Estado de Derecho es garantizar la tutela judicial efectiva, lo cual se traduce en poner a disposición de los ciudadanos todos los medios posibles para que sus derechos tanto individuales como sociales sean respetados. Y el sistema clásico nos lleva a dirimir los conflictos a través de la jurisdicción, sin tener en cuenta otras posibles vías existentes. En este contexto, los ADRS proliferan porque se llega a la convicción de que, en determinados casos (no todos), las controversias no necesitan de una sentencia para ser resueltas de forma adecuada. Para una gran parte de la ciudadanía, justicia y sentencia son términos sinónimos, y una transacción, en muchas ocasiones, se equipara a derrota. Las partes no se avienen a dar el primer paso a negociar por miedo a que el contrario piense que es débil, que no tiene esperanzas de ganar el pleito. La presentación de la metodología de resolución adecuada del conflicto puede ser tachada de ingenua, de ajena a la realidad y al mundo competitivo que se vive hoy, sin pararse a pensar en su necesidad de implantación por las múltiples ventajas que comportan.

¹ MOYA MEDINA, Susana; *La problemática actual en materia de ejecución de Sentencia*, XXII Jornadas de Derecho en Familia en Sevilla, días 5 y 6 de octubre de 2017, SEPIN.

El Derecho ha supuesto la procesalización del litigio y, en este marco, resulta normal el hecho de haber desembocado en una “excesiva judicialización de la vida en sociedad que, de paso, consiente en utilizar el sistema para otros fines distintos de los previstos”². La procesalización se agrava esencialmente por dos factores: las debilidades estructurales de la sociedad civil y el excesivo intervencionismo del Estado. Y se ha transmitido la creencia de que, ante la aparición de un conflicto, la única solución que existe es acudir a los Tribunales, pues la “civilización occidental no ha potenciado las capacidades de la propia sociedad para resolver los problemas privados sin necesidad de que intervenga el Estado, antes al contrario, ha potenciado el mito de la Justicia como único mecanismo idóneo que puede reportar una solución beneficiosa”³.

A ello se suma una inflación legislativa que surge como respuesta a la aparición de nuevos conflictos. El número de leyes⁴ crece de manera exponencial, lo que a su vez genera mayores contradicciones en su aplicación complicando aún más el panorama jurídico. A ello debemos sumar las interpretaciones que de la ley hacen los Tribunales, sentando jurisprudencia en ocasiones contradictoria. En Madrid concretamente, existen dos secciones de la Audiencia Provincial especializadas en Derecho de Familia (22 y 24) que siguen criterios totalmente contrapuestos en cuestiones tan relevantes como el otorgamiento de la custodia compartida o el carácter privativo o ganancial de determinados bienes, lo que deja en una situación complicada no sólo a las partes, sino también a los letrados que se enfrentan a la defensa de una postura, que será valorada de una u otra forma dependiendo del Juzgado al que se turne. A menudo, los clientes preguntan a sus abogados acerca de las posibilidades de salir victoriosos sobre una cuestión concreta, y la respuesta, lamentablemente, siempre es la misma: depende.

Se da también, en la mayor parte de las ocasiones, la creencia de las partes de contar con la razón absoluta, y de que, por ende, los jueces así se la van a dar, situación en absoluto real, puesto que “la administración de justicia está condicionada por procesos con un alto grado de formalismos que se caracterizan por su lentitud, con lo que las sentencias llegan muy tarde; se debe ser consciente además de que de los tribunales se puede esperar una decisión de autoridad que significa formalmente el punto final provisional a un conflicto,

2 CARRETERO MORALES, Emiliano, 2016, *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, pág. 38.

3 Ídem.

4 Ibídem, pág. 80.

pero que nunca es la solución definitiva del mismo porque quien pierde queda resentido y esperando la revancha”⁵. En muchos asuntos, puede no existir solución alguna, y tendrá que ser el Juez quien restituya el orden impartiendo justicia, pero esto ni mucho menos significará el final del conflicto, sino que la sentencia dictada otorgará status de vencedores y vencidos a las partes.

También puede considerarse que la excesiva judicialización es consecuencia directa del llamado Estado del Bienestar, “en el que los ciudadanos exigen del Estado que atienda todas y cada una de sus carencias, necesidades y problemas y que los resuelva, considerando que ésta es una obligación del Estado. Esto ha generado una costumbre, a modo de inercia social, consistente en que si dos personas tienen un problema no les compete a ellas resolverlo, sino a los poderes públicos. Existe una cultura acomodaticia y pasiva, que consiste en renunciar a la propia responsabilidad en la resolución de los conflictos que nos afectan, derivándolos a un tercero, que siempre es el Estado, como ente todopoderoso capaz de resolver todos los problemas de sus ciudadanos”⁶.

Centrándonos en las consecuencias de la judicialización del conflicto conyugal, debemos advertir que el procedimiento judicial en sí tiene repercusión directa en el desarrollo psicológico y emocional de los menores que se ven en el centro de la crisis, así como en los conflictos que perviven en los años siguientes, como se estudiará en capítulos posteriores, todo ello causado habitualmente porque los menores son el último enlace que les queda a los progenitores para mantener encendida la disputa que, en ocasiones, puede incluso generar situaciones de grave violencia familiar⁷. En EEUU se calcula que al

5 ORTUÑO MUÑOZ Pascual, 2018, *Justicia sin Jueces, Métodos Alternativos a la Justicia Tradicional*, Barcelona, Ariel, pág. 45.

6 En este sentido BARONA VILAR, Silvia, “Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), 2010, *Mediación: ¿un método de? conflicto*, Colex, Madrid.

7 Vid. VÁZQUEZ ORELLANA, Nuria; TEJEDOR HUERTA, Asunción, BELTRÁN LLAGO, Olga; ANTÓN MORENO, M^o Paz; DELGADO FERNÁNDEZ, JORGE, 2018, *Manual de Coordinación de Parentalidad; abordaje de familias con hijos atrapados en rupturas conflictivas*, Barcelona, EOS Psicología Jurídica, pág. 56. En el mismo sentido, YÁRNOZ-YABEN, Sagrario, 2010, “Hacia la Coparentalidad positiva post-divorcio; percepción del apoyo de la expareja en progenitores divorciados españoles”, [en línea], *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/337/33712250006.pdf> pág. 297, afirma que en los tres primeros años se genera gran conflicto que se va atenuando con el tiempo, aunque una vez transcurrido este plazo, se mantiene alta conflictividad en el 25% de los casos.

menos un 15% de los progenitores continúan “enzarzados” en situaciones de alta conflictividad tras la separación, y que estas familias requieren el 90% de los medios y recursos judiciales. En España se habla de más de un 10%. Con respecto al porcentaje de familias que continúan en situaciones de alto conflicto tras los primeros años tras la ruptura, éste se sitúa entre el 5 y el 12%.

Para sustentar la afirmación de que la judicialización a día de hoy resulta insoportable para el sistema de justicia, a continuación, analizamos la tendencia porcentual de celebraciones de matrimonios y de divorcios y separaciones consensuales y no consensuales de los últimos años, así como de otros procedimientos en materia de familia, como modificaciones de medidas, ejecuciones de sentencia y expedientes de jurisdicción voluntaria.

2.1. Tendencia actual en la celebración del matrimonio

En lo que se refiere a uniones matrimoniales, en el año 2017 se produjeron un total de 171.454 matrimonios, de los cuales 166.848 fueron entre parejas de distinto sexo en España, lo que supone un 2,44 % menos que el año anterior. Este porcentaje aumenta si tenemos en cuenta solamente los matrimonios entre cónyuges españoles, que ascienden a un total de 143.150, un 3,15 % menos que el año anterior. Los matrimonios de cónyuges extranjeros aumentan un 1,27 %, siendo un total de 4.322. En relación con los últimos datos obtenidos referentes al año 2018, éstos habían descendido a 167.613.

En el primer semestre de 2020, según datos provisionales del INE, los matrimonios se redujeron en un 60,8% con respecto al mismo periodo del año anterior, aunque esta alarmante cifra responde a las cancelaciones que se produjeron como consecuencia del confinamiento al que la población se vio sometida por la Covid-19. No contamos todavía con los datos del segundo semestre de 2020, que probablemente sean similares a los del primero por la prolongación del confinamiento y de las restricciones sufridas.

Con respecto a la elección de celebración de matrimonio por la iglesia o por lo civil, a modo ilustrativo, podemos destacar los siguientes datos: En el año 2009, las bodas civiles superaron por primera vez a las religiosas, y en el año 2015 éstas últimas marcaron un récord negativo: 44.721 bodas, que suponen el 28,7% del total⁸. De todos los matrimonios celebrados en el año 2016, por ejemplo, menos del 30% fueron por el rito católico. Y si analizamos

8 SARRIÁ REMÍREZ DE GANUZA, Belén, 2010, “Los matrimonios religiosos no alcanzan el 30 por ciento en España”, [en línea], *El Mundo*, 10 de agosto de 2016, Disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/08/10/57a20f10e2704e572a8b4657.html>

el año 2017, un total de 42.150 enlaces se celebraron bajo el rito católico, lo que supone tan sólo un 24,58% del total.

Se observan por tanto dos tendencias claras; en primer lugar, un descenso general en la elección de contraer matrimonio, ya que las parejas cada vez más optan por constituirse como pareja de hecho o convivir extramaritalmente. Por otro lado, dentro de esta tendencia general a no contraer matrimonio, cada vez son menos las parejas que lo hacen por el rito católico, aumentando los matrimonios civiles. Aumento que se debe también al aumento de los matrimonios en segundas nupcias entre personas separadas o divorciadas anteriormente, que, al haber contraído matrimonio en primeras nupcias mediante el rito católico, optan posteriormente por causas conocidas (y en caso de no solicitar la nulidad eclesiástica) por el rito civil. Y dado que de manera más recurrente la ruptura no es matrimonial, todo lo relativo al régimen de custodia de los hijos menores, así como aquellas cuestiones que atañen a la familia tras la crisis de pareja deben estudiarse al margen y como figura que excede de los casos de separación, divorcio o nulidad y más como una cuestión meramente relacionada con el ejercicio de la paternidad y la maternidad por parte de los progenitores.

Los factores que intervienen en el descenso de la celebración de matrimonios son varios. Es destacable en esta cuestión el papel que la Iglesia ha tenido a lo largo de su historia con respecto a su concepción de familia, “posicionándose desde la indisolubilidad del matrimonio a suprimir el divorcio”⁹. La secularización del mundo occidental y la progresiva pérdida de influencia de la iglesia católica en la educación y la moral (la influencia de la doctrina católica en la regulación del matrimonio y la educación es más que evidente), a pesar de que su presencia en nuestro sistema sigue siendo evidente, son consecuencias directas de estos indicadores. El vínculo matrimonial considerado indisoluble tenía otro valor y fuerza para las generaciones anteriores diferente al que tiene para las presentes y futuras, en el sentido de que muchas personas ven factibles otros modos de vivir fuera del matrimonio. Según algunos autores, la institución del matrimonio civil, sin la existencia de la sanción religiosa, así como las formas de disolución de los matrimonios, “hieren gravemente el sentido institucional de la familia”¹⁰, la cual queda reducida a una relación asentada sobre las bases de un contrato.

9 GARCÍA ABURUZA, M.P., 2009, *La protección a la familia...*, op. cit., pág.17.

10 Vid. GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E., 2010, *El matrimonio en la Constitución...*, op. cit., 189.

En opinión de algunos expertos, “la debilidad del actual vínculo matrimonial ha provocado que se acepte con naturalidad la idea de que la diferencia entre una pareja de hecho y un matrimonio sólo es un papel sin valor, y de que los niños pueden encontrar el mismo ambiente saludable en esas uniones informales”¹¹. La tolerancia sobre comportamientos que distan mucho de lo que se considera tradicional, como por ejemplo la cohabitación previa al matrimonio, es notable. La sociedad aprueba que se conviva sin necesidad de contraer matrimonio, situación que hace unas décadas era motivo de desaprobación social.

Por otro lado, la crisis económica que se ha vivido en España ha influido en el número de celebraciones de matrimonios, ya que muchas parejas han considerado superfluo el importante gasto que conlleva casarse.

También es un hecho patente que la dependencia emocional y económica de la mujer a la figura del hombre poco a poco va desapareciendo, debido a la incorporación de la misma al mundo laboral, a la mayor preparación académica¹² y la igualdad de oportunidades para ambos sexos, derechos de los cuales antes la mujer no gozaba, quedando relegada a un segundo plano en el que básicamente se dedicaba al cuidado de la familia y el hogar. Este cambio en la estructura familiar es básico para entender el devenir de los acontecimientos posteriores y del incremento de situaciones de coparentalidad.

2.2. Procedimientos judiciales en materia de familia en España

Pasemos a analizar las cifras de procedimientos, según materia, que los Juzgados a nivel nacional deben soportar. El ingreso de asuntos (y escritos) durante el estado de alarma produjo una acumulación ingente en los órganos

11 Vid. JARQUE PIÑOL, Jorge., 11 de noviembre de 2011, “Si te quiero, pero menos”, [en línea], *La Vanguardia*, Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/estilos-de-vida/20111104/54236712383/si-quiero-pero-menos.html>

12 A pesar de que los expertos no dan credibilidad a este tipo de estudios, en el año 2003 el diario *Sunday Times* se hizo eco de un estudio de investigadores de las universidades de Edimburgo, Aberdeen, Bristol y Glasgow publicado en el *Journal of Personality and Individual Differences* donde se afirma, que las mujeres más inteligentes tienden a no casarse, a diferencia de los hombres. El artículo asegura que el estudio se realizó entre 900 hombres y mujeres a los que se les hizo una prueba de cociente intelectual cuando tenían 11 años, y fueron entrevistados 40 años después. Se constató que las mujeres que siguieron estudios universitarios se casaban un 40% menos. (JARQUE PIÑOL, J., 2011, op. cit., en línea)

judiciales, que no fue posible tramitar dada la ausencia de funcionarios en las sedes judiciales. Sintetizando al máximo los índices estadísticos de los que se dispone en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el período comprendido entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, se recibieron en los órganos judiciales de la Comunidad de Madrid un total de 608.452 escritos. De ellos, 156.085 (el 25,65%) eran iniciadores de procedimiento y 452.367 (un 74,35%) eran escritos de trámite¹³.

Debemos centrarnos en los procedimientos relativos a materia de Familia más recientes, concretamente de los últimos cuatro años, entendiendo como tales los que dirimen cuestiones relativas a la crisis familiar derivada de la ruptura de pareja, tal y como podemos observar en la **Tabla 1**¹⁴ incluida en el anexo.

Los últimos datos arrojan un total de 95.320 crisis matrimoniales en el año 2019; curiosamente, la gran mayoría (30.015 matrimonios) tenían una duración de más de 20 años. A partir del año 2018 se puede observar un ligero descenso en el número de procedimientos de divorcio y separación celebrados. Las nulidades matrimoniales son residuales, descendiendo año a año, tal y como ocurre con las separaciones. Respecto al aumento concreto de los divorcios, desde su legalización en la Ley 30/1981 de 7 de julio, han seguido una firme, aunque moderada, pauta ascendente, que parece estancarse en los últimos años.

En cifras generales, la población española separada, divorciada, o que opta por solicitar la nulidad matrimonial se ha incrementado en casi 1,3 millones de personas desde que se aprobó la conocida como Ley de Divorcio Express, lo que supone un aumento del 117%¹⁵.

En conclusión, el descenso de la celebración de matrimonios por las causas expuestas, así como el aumento de las separaciones y divorcios pone de manifiesto una crisis que golpea la institución matrimonial familiar.

Con respecto a las separaciones y nulidades, puede afirmarse que estas figuras tienen a día de hoy un carácter residual precisamente por los cambios

13 Memoria del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, año 2019

Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Madrid/Actividad-del-TSJ-Madrid/Memoria-Judicial/Memoria-judicial-del-ano-2019>

14 Fuente: CGPJ. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios--INE/>

15 CULEBRAS LLANA, I., 2017, *Las uniones no matrimoniales...*, op. cit, pág. 43.

legislativos y la progresiva secularización de la institución matrimonial; en el año 2018, se han solicitado 134 nulidades matrimoniales y con respecto a las separaciones, se han producido 3.395 separaciones consensuadas y 1.635 separaciones no consensuadas¹⁶

Los procedimientos de modificación de medidas también copan los Juzgados. Estos procedimientos, tramitados de mutuo acuerdo, ascendieron en el año 2018 a 30.647 (tanto de hijos matrimoniales como no matrimoniales), siendo más numerosos los procedimientos contenciosos, que ascendieron a 61.854. Como puede comprobarse en el estudio realizado, la litigiosidad aumenta cuando nos referimos a procedimientos de modificación de medidas, siendo mucho más numerosos los que se dirimen a través de procedimiento contencioso que de manera consensuada. Y este incremento se produce independientemente de que los progenitores se encontrasen unidos por vínculo matrimonial o no. Las modificaciones de medidas se incrementaron en época de crisis económica, pues muchos progenitores obligados al pago de pensiones de alimentos a sus hijos perdieron sus trabajos o vieron mermados sus ingresos. Con la generalización de la custodia compartida, también fueron muchos los que la solicitaron. Debemos resaltar que cuando un progenitor se decide a iniciar este tipo de procedimiento por vía contenciosa, la relación está muy deteriorada y existen pocas posibilidades de contacto entre ambos, salvo que, durante el procedimiento, el trabajo de los letrados o de los mediadores consiga acercar posturas.

Debemos en este punto hacer mención al Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia¹⁷. Como consecuencia de la pandemia sufrida por la Covid-19, todos los plazos y actuaciones procesales fueron suspendidas, salvo aquellas necesarias para garantizar los derechos reconocidos en el artículo 24 de la CE. La ralentización de la Justicia afectó de manera directa a los procesos de familia por lo que el Real Decreto reguló *ex novo* un procedimiento especial y sumario para la resolución de cuestiones relativas a Familia y derivadas directamente de la crisis sanitaria, es decir, por incumplimientos de regímenes de visitas, ejercicios de guarda y custodia o cuestiones económicas.

¹⁶ Fuente: CGPJ

¹⁷ Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia de 28 de abril de 2020, Disponible en:

En este sentido, las Juntas de Jueces manifestaron diversidad de criterios en la interpretación del Real decreto; en unas localidades se mantuvieron los regímenes establecidos en Sentencia, en otros, se suspendieron... La disparidad de criterios hizo que los padres no supiesen muy bien cómo actuar en esta situación, generándose más problemas de lo habitual entre progenitores separados.

El mencionado Real Decreto-Ley preveía, entre otras medidas, la tramitación de forma preferente de un procedimiento de modificación de medidas por asuntos relacionados directamente con la crisis del Covid-19 con señalamiento inmediato, dictando auto *in voce*, sin perjuicio de la posterior resolución escrita.

Esto es, procedimientos para solicitar compensación del tiempo no disfrutado con el progenitor que no hubiese podido disfrutar de sus hijos durante el Estado de Alarma, y revisión de medidas económicas cuando se derivase de cambios en las circunstancias económicas como consecuencia directa de la crisis del Covid-19.

Elimina asimismo la contestación a la demanda de forma escrita, permitiendo la reconvencción en la propia vista, lo cual afecta al derecho de defensa de la parte demandante, que desconoce las alegaciones que de contrario van a realizarse.

Esta situación habría sido la idónea para fomentar la mediación, dado que se trataba de conflictos que requerían una solución casi inmediata. Sin embargo, dada la poca efectividad demostrada, estas medidas han sido calificadas como “un brindis al sol”¹⁸.

Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de Familia: En el año 2015 se llevó a cabo la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El espíritu de la Ley era dotar a la sociedad de “nuevos mecanismos que permitan al ciudadano un reconocimiento fácil y sencillo de sus derechos, y una ágil resolución de conflictos”¹⁹. El artículo 86 de la citada Ley recoge los supuestos de intervención judicial en

18 WINKELS ARCE, Isabel, 2020, portal de Abogacía Española, “Las medidas del RD-Ley 16/2020 en el ámbito del Derecho de Familia por la crisis del coronavirus: un brindis al sol”, [en línea]. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/las-medidas-del-rd-ley-16-2020-en-el-ambito-del-derecho-de-familia-por-la-cri-sis-del-coronavirus-un-brindis-al-sol/>

19 SÁNCHEZ-CORTES, Carmen, “La jurisdicción voluntaria al servicio del ciudadano”, [en línea], *EL PAÍS*, 24 de abril de 2017. Disponible en: https://elpais.com/economia/2017/04/19/mis_derechos/1492610109_582125.html

relación con la patria potestad. Es decir, todas aquellas cuestiones en las que los progenitores no consigan alcanzar acuerdos deberán ser dirimidas por un Juez. El precepto comprende dos supuestos diferenciados: (i) Supuestos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad atribuida conjuntamente a ambos progenitores; (ii) Supuestos de desacuerdo entre los progenitores o tutores en los actos de asistencia en el ejercicio de la patria potestad al hijo menor no emancipado sobre sus hijos menores. Contempla el caso el art. 157 CC, que señala: *“El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres, y a falta de ambos, de su tutor; y, en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez.”*

En relación con el primero de los supuestos citados, “constituyen presupuestos inexcusables para que pueda promoverse el expediente en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, de un lado, que los progenitores tengan atribuido el ejercicio conjunto de la patria potestad. Y, de otro, que exista controversia entre los progenitores sobre la toma de una decisión que corresponda adoptar conjuntamente a ambos. Por tanto, no cabe acudir a este expediente si el ejercicio de la patria potestad está atribuido de modo exclusivo a uno de los progenitores, como tampoco será necesario promover el mismo si ambos estuvieren de acuerdo en el acto de ejercicio de patria potestad de que se trate”²⁰.

Los asuntos que deben dirimirse ante el Juez en caso de desacuerdo entre los progenitores²¹, son los siguientes, aunque podrán plantearse cuestiones diferentes a las expuestas a continuación:

- “La elección del lugar de residencia del menor y traslado de domicilio del mismo.

- La elección del colegio o institución de enseñanza en que el menor ha de cursar sus estudios o su posible cambio a otro distinto; si el centro docente ha de ser público o privado, religioso o laico, situado en España o en el extranjero; en régimen ordinario o de internado.

- Las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor, como el sometimiento o no del mismo a terapias o tratamientos médicos preventivos, paliativos o curativos agresivos (como la fisioterapia, la quimioterapia, reha-

²⁰ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, 2017, “Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte I)”, [en línea], *El Derecho-Lefebvre*. Disponible en: <https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-i>

²¹ Ídem.

bilitación, etc.) o alternativos (como la homeopatía); la aplicación al menor de tratamientos psiquiátricos o terapias psicológicas, o la práctica de una intervención quirúrgica, curativa o estética.

- Las referidas a la educación o formación del menor en determinadas ideas o creencias religiosas y su participación en actos de iniciación o culto significados propios de una confesión religiosa: estudiar en un seminario diocesano; el bautismo; la primera comunión; la confirmación, etc.

- La realización o no por el menor de determinadas actividades de ocio o deporte de alto riesgo: práctica por el niño de actividades relacionadas con la naturaleza (alpinismo, tracking, montañismo, puenting, barranquismo, espeleología, etc.); viajes de ocio a países en situación de conflicto bélico o prebélico o con una intensa actividad de grupos terroristas, etc.

- La determinación del tipo de actividades extraescolares que ha realizar el menor (baloncesto, fútbol, violín, piano, guitarra, canto, patinaje artístico, natación, etc.) constituyen un acto extraordinario de patria potestad porque las elecciones de unas u otras actividades resultan de enorme trascendencia para la formación del menor y porque, además, constituyen un gasto extraordinario, que, salvo resolución o convenio en contrario, debe abonarse por ambos progenitores por mitad”.

En conclusión, prácticamente cualquier cuestión relativa a educación y cuidado de los hijos podrá ser dedicada por un tercero, en este caso un juez, que poco conoce de las familias o de las necesidades de ese menor en concreto, como es lógico. En la práctica forense, las divergencias en el ejercicio de la patria potestad que con mayor frecuencia llegan a los tribunales son las relativas a la escolarización del menor en uno u otro centro escolar y al cambio de colegio, así como al traslado de domicilio o residencia del menor. Recientemente, desde junio del año 2014, también es frecuente solicitar la autorización judicial para la obtención de pasaporte por un menor ante la negativa de uno de los progenitores a prestar su consentimiento expreso a tal solicitud, requisito imprescindible para su expedición conforme al decreto regulador de la expedición del pasaporte ordinario”²².

Hasta la entrada en vigor de la citada Ley, no existía un procedimiento específico y regulado para dirimir estos desacuerdos entre los progenitores. Cada juzgado iniciaba un proceso diferente y no era tan frecuente someter estas cuestiones a decisión judicial. Sin embargo, y según recoge la Asociación de Abogados de Familia de España (AEAFA), los progenitores han tomado

22 Ídem.

como costumbre acudir a los tribunales para que sea un tercero quien dirima sus controversias en temas como las desavenencias por la elección del centro escolar, cuestiones en las que se debe decidir sobre una cuestión religiosa o cuestiones relativas a gastos extraordinarios, dándose la situación de que “en muchos casos, desgraciadamente, los progenitores no son capaces de solventar problemas por ellos mismos”²³.

Debemos preguntarnos si se ha logrado, seis años después de la entrada en vigor de la citada Ley, una resolución de conflictos más ágil y rápida de ciertas cuestiones. A día de hoy no existen estadísticas sobre cuántos procedimientos de jurisdicción voluntaria por discrepancias en el ejercicio de la patria potestad se inician anualmente. Sin embargo, los magistrados si han manifestado que cada vez son más los progenitores que no consiguen ponerse de acuerdo en cuestiones diarias de los menores. Ha habido padres que han acudido a los Juzgados para dirimir cuál de ambos se quedaba con el primer diente que se le caía a su hijo, o si permitían o no poner un piercing a una adolescente. Recientemente, una compañera comentaba que incluso se había elevado al juzgado cuál de los progenitores elegía el menú de la comunión de su hija menor. Lógicamente, esta situación es insostenible, ya que se ponen en manos del Juez cuestiones que carecen de contenido jurídico.

La respuesta, a mi modo de entender, es que, si bien la intencionalidad del legislador es dilatar lo menos posible el tiempo de resolución de un procedimiento, los medios de la Justicia actual no son suficientes para lograr este propósito, y tampoco ayuda que todos los cambios legislativos acaecidos pasen porque sea el Juez quien deba resolver todos los problemas que surgen en el ámbito familiar. El enfoque, por tanto, está un tanto errado; el objetivo no debería ser reducir el tiempo de resolución del conflicto, sino prevenir el conflicto; invertir medios económicos y educativos en figuras que permitan a los progenitores no considerar que el único modo con el que cuentan para solucionar sus problemas es acudir ante un Juez, sino que, poniendo por encima de cualquier interés el bienestar de sus hijos, decidan dirimir sus diferencias a través de otros métodos alternativos de resolución de conflictos, más adecuados a su naturaleza.

Con respecto al número de procedimientos de ejecución de sentencia cele-

23 GLOVER, Helen, 2017, “Los abogados de familia denuncian el colapso de los juzgados por la ley de jurisdicción voluntaria”, [en línea], *Confilegal*, 17 de septiembre de 2017,

Disponible en: <https://confilegal.com/20180917-los-abogados-de-familia-denuncian-el-colapso-de-los-juzgados-por-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria/>

brados, según el CGPJ, en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción²⁴ el número de ejecuciones en trámite al finalizar el año 2016 triplicó en número el total de ejecuciones resueltas.

Los procedimientos de ejecución de sentencia representan un verdadero problema a nivel jurídico y además son la imagen de un fracaso, pues significa que la sentencia incumplida no ha satisfecho al menos a una de las partes, razón por la cual incumple, generando situaciones realmente difíciles para la persona que sufre las consecuencias de dicho incumplimiento.

El colapso de procedimientos de ejecución de sentencia en los juzgados es patente, tanto en el ámbito civil general como en los asuntos de familia, como podemos comprobar en las estadísticas disponibles estudiadas en la **TABLA 2** incluida en el anexo.

Como puede comprobarse, las ejecuciones derivadas de los procedimientos de Familia no han dejado de aumentar, suponiendo un 6,09% más. En relación con el resto de ejecuciones en el orden civil, tanto de títulos judiciales como no judiciales, el número ha ido disminuyendo desde el año 2012; solamente en Familia continúan aumentando, representando un 8,9% del total de ejecuciones en el año 2018. Y la duración media de las ejecuciones de Familia en el año 2018 arroja unas cifras estremecedoras: 31,5 meses, casi tres años de procedimiento abierto, de padres y madres si percibir pensiones reconocidas judicialmente o sin poder ver a sus hijos.

Como hemos adelantado, una ejecución al fin y al cabo es un procedimiento derivado de una sentencia con la que una de las partes no se muestra conforme y, por tanto, no la cumple. Se torna realmente complicado el ejecutar resoluciones que el justiciable considera adversas, y en ocasiones incluso injustas.

A golpe de sentencia, es imposible hacer entender a un progenitor la importancia que tiene el cumplimiento regular de un régimen de visitas, por ejemplo. Esta situación cambia si son las propias partes las que deciden las cláusulas que regirán a partir de ese momento su situación familiar, y no es un tercero el que decide en base a unos datos objetivos de un modo que, en absoluto, tiene que ser satisfactorio para las partes. De una manera un

24 En los Juzgados especializados en Familia, cada uno dirige una media de 1.210 procedimientos al año. En el resto de Juzgados no especializados, estos asuntos se dirimen junto con otros asuntos civiles. En aquellos procedimientos en los que ha existido denuncia de Violencia de Género, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tienen vis atractiva, según dispone el artículo 49 bis de la LEC.

tanto simplista, podemos afirmar que cuantos más acuerdos consensuados entre las partes existan, menor será el número de ejecuciones judiciales en materia de familia.

Resulta altamente insoportable para un Estado de Derecho el mantenimiento de estas cuotas de inejecutividad en sus resoluciones judiciales. Ya en el año 2020 se puso de manifiesto que en España “existían unas 30.000 personas, titulares de algún derecho de relación y visitas reconocido judicialmente, que no podrían desarrollar y cumplir efectivamente este derecho/deber”²⁵. Es más, existían 20.000 menores a los que, habiéndose definido y concretado en una resolución cuál era su verdadero interés, no se les habían procurado efectivamente los frutos de esa determinación. Y resultan datos ciertamente sorprendentes si se relacionan con las medidas adoptadas; hablamos de regímenes de relación con hijos menores, aprobados judicialmente, con práctica de prueba y su posterior análisis, que se determinan en beneficio de ellos mismos, y cuyo incumplimiento deriva en una privación de relación ya no sólo con el progenitor no custodio que resulta perjudicado, sino de una relación con abuelos, primos y demás familiares que contribuyen al desarrollo y crecimiento de los menores. En definitiva, se le solicita al Juez que solucione un conflicto, pero en muchas ocasiones va a fracasar en su propósito y lejos de solucionar sus problemas, éstos se acrecientan. En muchos de estos procedimientos, el incumplimiento se refiere a visitas y régimen de relación, obligaciones de tracto sucesivo que no se agotan en un único actuar.

Podemos concluir que el trámite de ejecución de sentencias es el gran lastre de la justicia española. Especial importancia adquiere cuando las resoluciones que no se están cumpliendo afectan al ámbito familiar, ya que ello supone progenitores que no pueden ver a sus hijos o graves situaciones económicas cuando se trata de pensiones de alimentos impagadas. Y la media de resolución de estas cuestiones es superior a los dos años. Por otro lado, las consecuencias del incumplimiento de sentencias son nimias, en muchas ocasiones, estableciéndose multas pecuniarias en virtud del artículo 699 de la LEC en el caso de incumplimientos de obligaciones de hacer o no hacer, que me atrevo a decir que pocas veces son a su vez ejecutadas²⁶.

25 Citado por ORTOLÁ DINNIBER, José Gabriel, 2017, “Algunas reflexiones en torno a los problemas de ejecución de medidas personales”, en *Homenaje a Luis Zarrauqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid, AEAFA, pp. 271-291.

26 Estas multas podrán imponerse, por ejemplo, si uno de los progenitores muestra una actitud clara de no cumplir las resoluciones judiciales por el simple propósito de im-

Por último, debemos hacer referencia a los recursos de apelación y casación. El porcentaje de sentencias anuladas o revocadas es “un excelente indicador de la calidad de las sentencias originales, si bien hay que aplicar las debidas cautelas en su uso, pues siempre caben distintas interpretaciones de un mismo hecho, y, además, a lo largo del tiempo se produce una evolución en la doctrina del Tribunal Supremo. Otro uso potencialmente importante del análisis de las revocaciones de sentencias es el de mejorar la formación de los jueces y magistrados, si bien para ello sería necesario disponer de información detallada de las revocaciones para cada una de las materias”²⁷.

Según estadísticas del CGPJ, en el año 2013 ingresaron en la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo un total de 3.579 asuntos; cifra que ascendió a 3.904 en el año 2014²⁸. No se disponen de estadísticas más actualizadas en este sentido.

2.3. Tiempo medio necesario para resolver asuntos civiles, mercantiles y administrativos:

Algunos autores destacan la duración de los procedimientos como un indicador fiable de la calidad de la Justicia. Y concretamente, suele tenerse en consideración la duración de los procedimientos que dirimen cuestiones civiles, “ya que, entre otros motivos, ésta suele ser la jurisdicción con mayor volumen de litigios”²⁹. La media de resolución de los procedimientos civiles y

pedir al progenitor no custodio el cumplimiento de un régimen de visitas establecido en Convenio Regulador.

27 Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), [en línea], Disponible en:

www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/.../FICHERO/Estadistica%20judicial_1.o.o.pdf, La estadística ofrece dos indicadores para analizar las revocaciones de sentencias: El número de sentencias, desglosado en anulatorias, absolutorias y revocatorias, y los recursos de casación, suplicación y apelación devueltos.

28 Ídem.

29 MORA SANGUINETTI, Juan, 2016, “Evidencia reciente sobre los efectos económicos del funcionamiento de la Justicia en España”, [en línea], *Boletín Económico Banco de España*, pág. 33. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5601881>. Según recoge el autor (ibídem, pág. 37), España dispone de un número de jueces inferior a la media de los países estudiados por la CEPEJ. La inversión por persona en justicia es de 27 euros por persona, cuando la media de estos países es de 33,8 euros por persona. Concretamente en Alemania, esta cifra se eleva a los 103, 5 euros por persona.

mercantiles en España es de aproximadamente 300 días, una de las medias más elevadas a nivel europeo según se desprende del cuadro de indicadores de la justicia en la UE de 2018 publicado por la Comisión Europea³⁰.

Con respecto al tiempo medio de resolución de un divorcio contencioso, según datos aportados por AEAFA, en los Juzgados especializados en Familia se estima un tiempo medio de resolución de 12 meses en primera instancia y de 2 años en apelación, mientras que en los Juzgados no especializados esta media se eleva hasta 17 meses en primera instancia y 42 meses en apelación³¹:

Queda patente la imperiosa necesidad de buscar alternativas extrajudiciales para disminuir el número de procedimientos judiciales en materia de Familia, especialmente el número de ejecuciones, y rebajar la carga de tra-

30 CEPEJ, 2018, *Evaluación de los sistemas judiciales europeos*, [en línea], Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Informes-Organismos-Extranjeros/CEPEJ--Comision-Europea-para-eficiencia-de-la-justicia-/>

31 Transcribimos la respuesta del Defensor del Pueblo, 2017, a la queja realizada por un letrado del turno de oficio de la parte demandante, debido al retraso que venía sufriendo la tramitación del procedimiento de modificación de medidas con relación a hijos no matrimoniales, seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Alcalá de Henares (Madrid): “En el informe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, la carga de trabajo superaba con creces los indicadores de entrada establecidos. Señalaba que, atendiendo a los niveles de registro, resolución y pendencia, así como a los recursos humanos con los que cuenta el juzgado, era necesario el nombramiento de un Juez de refuerzo para que colabore conjuntamente con la titular del órgano, así como un secretario judicial y 3 funcionarios, hasta que se proceda a la ampliación de planta de los juzgados de primera instancia de Alcalá de Henares en un juzgado más, para su especialización en materia de Derecho de Familia. El Servicio de Inspección informó favorablemente de la creación de un juzgado más, de acuerdo con lo propuesto en los informes de 12 de junio de 2011 y 23 de septiembre de 2011 para su posterior especialización en materia de familia. Igualmente se informó favorablemente la medida de refuerzo consistente en el nombramiento de un letrado de la Administración de Justicia, un funcionario del cuerpo de gestión, dos funcionarios del cuerpo de tramitación y uno del cuerpo de auxilio judicial. El informe exponía que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid había informado favorablemente de una medida de refuerzo para el juzgado, constituida por un letrado de la Administración de Justicia, un gestor procesal, dos tramitadores y un auxilio judicial, cuyos nombramientos por las administraciones competentes nunca se habían llevado a cabo y que, por ello, ante la situación del juzgado, se consideraba conveniente reproducir la solicitud de refuerzo, dada la competencia del órgano de forma exclusiva y excluyente en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, incluidos los internamientos no voluntarios por trastorno psíquico”.

bajo de los juzgados, para que solamente deban dirimir aquellos problemas familiares que no cuenten con ninguna otra vía de solución. Muchos procedimientos contenciosos se evitarían o bien se reconducirían, de tener una regulación legal más acorde a la realidad en la que día a día los jueces y abogados especializados en Familia tienen que desenvolverse. Como se ha comentado, entiendo que se precisa una mayor especialización en una materia tan importante como es el Derecho de Familia, y si bien este tema lleva muchos años encima de la mesa, los progresos a nivel práctico siguen siendo lentos y costosos. Hablamos de la necesidad de promover, de forma efectiva, formas de autocomposición y de resolución de conflictos más adecuadas a esta materia concreta, como por ejemplo la mediación, así como la creación de nuevas figuras alternativas y auxiliares del Juez, que canalizasen una parte del trabajo del mismo, como la figura del coordinador de parentalidad. Resulta asimismo imprescindible procurar el acompañamiento de la familia por servicios especializados de orientación o postruptura que ayuden a gestionar los cambios producidos en el seno de la misma, y que, sin embargo, a día de hoy es imposible de plantear debido a los escasos recursos económicos con los que cuenta la Justicia.

Por otro lado, algunos de los problemas derivados del incumplimiento de la sentencia se deben a que hay múltiples cuestiones relativas a la Familia que surgen como consecuencia de la amplitud de la casuística posible en este ámbito jurídico y que no hayan sido objeto de un expreso pronunciamiento judicial. La inclusión de todas las cuestiones futuras que sean previsibles en los planes de parentalidad, de contenido más amplio que los convenios reguladores, sería un freno a todos aquellos problemas derivados de las cuestiones familiares que quedan en un limbo por no haber sido reguladas en el momento de la crisis familiar.

La jurisdicción de familia tiene unas características absolutamente propias, existen vínculos emocionales muy fuertes y lazos interparentales y filoparentales objeto de procedimiento en los que el duelo es inevitable. A nivel económico se produce una verdadera hecatombe. El divorcio económico es casi igual de doloroso que el emocional, con las consecuencias que ello implica, abandonar la vivienda en la que se ha convivido siempre, duplicar determinados gastos... Parámetros distintos a los puramente jurídicos teniendo en cuenta estos aspectos emocionales y sociales que intervienen en la racionalidad de las decisiones.

Se dirimen cuestiones que van más allá del ámbito jurídico: ¿Debe asistir

a una celebración familiar? ¿Puede tener móvil? ¿Se hace un cambio de un fin de semana estipulado en convenio? ¿Puede quedarse a dormir a casa de una amiga? ¿Se le pueden administrar productos homeopáticos? Estas cuestiones difícilmente pueden solucionarse con una sentencia.

El papel de los jueces ante este tipo de cuestiones no es (o no debería ser) solucionar el conflicto, sino dirimir las cuestiones con contenido legal, supervisar el proceso de autogestión de la organización de la vida familiar tras la ruptura, y facilitar a los cónyuges herramientas para solucionar los problemas por sí mismos sin necesidad de acudir a la intervención de un tercero.

Queda patente que la procesalización de la vida familiar es cada vez más frecuente. Y que los Tribunales se encuentran desbordados al haberse erigido por la tradición como la única vía de solución a estos conflictos. El cambio de mentalidad pasa por ser conscientes de que los problemas que surgen en el seno de la familia van a existir siempre, con mayor o menor intensidad, teniendo en cuenta además el ritmo creciente de separaciones y divorcios. A pesar de ello, no todo debería ser judicializable, y debemos tomar conciencia de que hay más métodos para dirimir el conflicto más allá de la vía jurisdiccional, habiendo de tener las partes derecho a elegir aquella que mejor se adecue a su conflicto, entre varias vías disponibles.

3. El interés público en los procesos de familia

El otorgamiento de un carácter de interés público al Derecho de Familia debe vincularse al Estado Social de Derecho recogido en el artículo 1 de la Constitución Española, en el que la protección social, económica y jurídica de la Familia se establece como principio rector de la política social y económica (art.39 CE), dado que “no se constriñe el Derecho de Familia a contemplar de manera pasiva los intereses privados, sino que el Estado interviene activamente regulando sus instituciones”³².

³² ACEDO PENCO, Ángel, 2013, *Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson, pág. 26. En el mismo sentido, ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2015, *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Madrid, Dykinson, pág.70, considera que trasciende del ámbito estrictamente privado en varios planos: (i) En el plano procesal, “implica que el principio de rogación y el correlativo de congruencia se ven limitados”, lo que supone en primer lugar que el Juez no tenga en cuenta las medidas acordadas por los progenitores si considera que no son adecuadas para el mejor interés del menor; y que ante la inactividad de las partes el Juez tenga potestad de tomar medidas, incluso aunque las mismas no se hayan pronunciado con respecto a las mismas. (ii) El Derecho de Familia

No hay que obviar que “las cuestiones relacionadas con el estado civil y la condición de las personas afectan profundamente al orden y constitución de la sociedad que tiene su base en la familia, de modo, que existe en estos procesos un interés público que no puede ser olvidado a la hora de señalar principios a que deberá obedecer la cognición y las facultades del órgano judicial, por un lado, y la posición de las partes y los sujetos interesados, por otro”³³.

No cabe duda que la familia es uno de los principales focos de educación en sociedad, donde en general se inculcan valores, más allá de lo que la sociedad pueda posteriormente aprehender de otros núcleos educativos, culturales... Por todo ello, la familia goza de protección y se considera institución de interés público, incluso podríamos considerar a la misma como “agente y colaborador del Estado en la consolidación del bienestar social”³⁴. Según la misma autora, dado que podemos considerar a la familia como el vehículo de socialización del individuo, “es de interés social su mantenimiento, y de cómo el estado cumple una función protectora de los miembros más débiles de la sociedad”³⁵, debiendo continuar dicha protección en las situaciones de crisis familiar.

El carácter de interés público del Derecho de Familia (y en realidad, de todo el Derecho en general) puede defenderse desde dos prismas: (i) Desde una visión economicista, puesto que cualquier sistema público debe tener como principal objetivo la búsqueda de la máxima eficiencia con el máximo ahorro de coste social, o desde un prisma (ii) social, “basado en criterios de protección a los más débiles y a las formas sociales tradicionalmente entendidas como necesarias para los ciudadanos”³⁶. El hecho acreditado es que las rupturas matrimoniales o de pareja implican costes con una relevancia económica y social desde el momento en el que las partes convienen acudir a los tribunales.

se regula por normas de *ius cogens*, debido a que afecta a bienes y valores indisponibles. De nuevo este carácter encuentra su justificación en procurar una protección integral de los menores que van a verse afectados por las medidas. (iii) Su existencia es “innegociable, esto es, queda sustraída a la autonomía de la voluntad, por formar partes de las relaciones familiares cuya dimensión viene marcada por el Estado”.

33 GARCÍA ABURUZA. M.P., 2009, *La protección de la familia...*, op. cit., pág. 30.

34 SOLETO MUÑOZ, Helena, 2003, “El interés público en los procesos de Familia”, en *Revista de Derecho de Familia*, Valladolid, Lexnova, pág. 43.

35 SOLETO MUÑOZ, Helena, 2000, *Las medidas provisionales en los procesos de Familia*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III, Madrid (Disponible en el repositorio de la Universidad Carlos III de Madrid), pág.17. <http://hdl.handle.net/10016/10261>

36 *Ibíd*em, pág. 24.

El Derecho de Familia se caracteriza por no encontrarse sometido al principio dispositivo en aquellas cuestiones consideradas de interés público, y “en la consecuente falta de sujeción a las normas generales del proceso civil y patrimonial”³⁷, que se refleja, por ejemplo, en la indisponibilidad de las partes sobre el objeto del proceso, la actuación del Ministerio Fiscal en determinados procedimientos o el amplio margen de discrecionalidad del Juez, entre otros.

El interés público de la familia es extrapolable al interés público del conflicto familiar. La crisis familiar produce tanto a nivel económico como social una serie de costes, que adquieren una “relevancia social inmediata si los afectados acuden a instancias judiciales para dotar de una nueva regulación a sus relaciones, o cuando alguno de los miembros deja de cumplir con sus funciones sociales y familiares, lo que justifica por sí mismo la intervención del Estado en la regulación de la crisis familiar, influyendo en la toma de decisiones de los miembros de la familia por medio de ésta”³⁸.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero; 58/2008, de 28 de abril, o 185/2012, de 17 de octubre, destacan que el objeto de los procedimientos familiares no es “(...) *un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés superior del menor. Y, consecuentemente, también “... la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes”*.

No cabe duda por tanto de que la protección de la familia entra dentro de la esfera del interés público, lo que “ha de derivar en una regulación garantista de los derechos y situaciones de los descendientes menores, así como de los cónyuges y convivientes, al menos cuando éstos tengan descendencia, superando la situación actual de dejación, suplida por pronunciamientos judiciales, limitados en esta función”³⁹, por tanto, “el interés social sobre la crisis familiar tiene en la actualidad un nuevo contenido: no se trata de proteger a

37 Ídem.

38 Ídem.

39 SOLETO MUÑOZ, H., 2003, *El interés público en los procesos...*, op. cit., pág.50.

los miembros más débiles de la familia, sino de otorgar un nuevo equilibrio a cada uno de sus miembros, facilitando su bienestar y la asunción de las cargas familiares que de otra manera habrán de adjudicarse al Estado”⁴⁰.

4. La visión economicista del Derecho de Familia

La dimensión económica del Derecho de Familia tiene una serie de peculiaridades, precisamente por la presencia de institutos de orden público como son las pensiones de alimentos, la atribución del uso de la vivienda familiar, la liquidación de patrimonios comunes, la administración de negocios familiares...

La teoría del análisis del Derecho defiende que éste no puede verse simplemente como una búsqueda de la solución objetivamente correcta, proporcionada por los considerados verdaderos conceptos jurídicos o por la naturaleza de las cosas, sino que es necesario utilizar formas de razonamiento medio-a-fin donde las soluciones propuestas para cualquier problema jurídico sean justificadas en fuerza de su acertada o probable relación instrumental, previa y claramente identificadas y a su vez justificadas, por su relevancia social”⁴¹.

Las ineficiencias del sistema judicial se traducen en consecuencias con un calado grave para la economía pública y privada. El funcionamiento de las instituciones explica de manera significativa las diferencias de renta per cápita entre países. Desde un punto de vista economicista, podemos afirmar que el mero hecho de judicializar la ruptura de familia tiene una serie de costes económicos que adquieren relevancia en el caso de que decidan acudir a los tribunales para dirimir el conflicto, lo que justifica por sí mismo la intervención del Estado en la regulación de la crisis familiar, influyendo directamente en la toma de decisiones de los miembros de la familia por medio de ésta.

Numerosos estudios a nivel internacional corroboran los efectos positivos que un adecuado sistema judicial supone en términos económicos, incluso incide en el tamaño de las empresas y en su capacidad de crecimiento, ya que aquellos que muestran una menor eficacia “parecen dificultar el crecimiento económico al impedir que los agentes utilicen los recursos y la tecnología disponible en todo su potencial”⁴².

40 SOLETO MUÑOZ, H., 2000, *Las medidas provisionales en...*, op. cit., pág. 17.

41 CHIASSONI, Pierugli, 2013, *El análisis económico del Derecho* (Traducc. MORALES LUNA, Félix), Lima, pág. 25.

42 MORA SANGUINETTI, J., 2016, *Evidencia reciente sobre los efectos...*, op. cit., pág. 33.

Cuando un ciudadano toma la decisión de litigar, esta decisión genera un coste tanto en la Administración pública como en los sujetos implicados, “lo que se podría considerar una externalidad negativa”⁴³. Sin embargo, el resultado del litigio podría disuadir a otros ciudadanos de litigar dependiendo del resultado, lo que podría disuadir a otros sujetos de acudir a los tribunales, siendo ésta una externalidad positiva. La teoría economicista del Derecho postula que, al tratar de enfocar la solución a un problema jurídico, debe tomarse “una perspectiva centrada sobre el valor de la eficiencia, tomando sistemáticamente en cuenta los costes (privados, sociales, y administrativos) y los beneficios (individuales y sociales) de cada forma alternativa de regulación: tomando en cuenta, en particular, los efectos de las normas sobre el bienestar (wellbeing) o la riqueza (wealth) de las partes afectadas”⁴⁴.

5. La discrecionalidad del Juez de Familia

Como avanzábamos en la introducción del presente trabajo, el Derecho de Familia es uno de los más subjetivos que existen, por suerte o por desgracia, según el punto de vista desde el que se mire. La subjetividad, en ocasiones, puede ir de la mano de la discrecionalidad judicial, lo que a su vez “produce litigiosidad y desincentiva el acuerdo, además de producir situaciones de inseguridad jurídica que serían inconcebibles en otros campos distintos al familiar”⁴⁵. La discrecionalidad legal encuentra su fundamento en “la facultad de una persona para adoptar una decisión, teniendo elección entre varias posible, conferida bien explícitamente por el legislador, bien asumida autónomamente por el decisor, o como una característica más de la toma de decisión. Un sistema basado en la toma de decisión discrecional crea inseguridad en las partes, que se hacen asesorar por expertos en la materia; un sistema discrecional hace creer a las partes que es posible obtener resoluciones más favorables dependiendo de la sensibilidad del Juez en cada caso; un decisor discrecional debe conocer toda la información disponible, lo que puede llevar a retrasos y maniobras entre las partes para obtener información, lo que colapsa el sistema y hace más difícil a las partes llegar a un acuerdo”⁴⁶.

Una de las características principales del Derecho de Familia es la abun-

43 Ibídem, pág. 39.

44 CHIASSONI, P., 2013, *El análisis económico del...*, op. cit., pág. 25.

45 SOLETO MUÑOZ, H., 2003, *El interés público en los procesos...*, op. cit., pág. 27.

46 Ibídem, pág.47.

dancia de conceptos jurídicos indeterminados que conforman su contenido sustantivo. Puede considerarse que la indeterminación constituye una ventaja, pues brinda a los operadores jurídicos la posibilidad de proponer soluciones personalizadas a la amplia diversidad de casos que se presentan, teniendo en cuenta las múltiples circunstancias y contextos de cada familia que acude al Juzgado, algunos vinculados con las diferencias culturales del papel y las necesidades de la infancia en general y de cada menor en concreto.

Esta simplificación en absoluto quiere decir que las autoridades judiciales actúen de forma arbitraria o tomen decisiones sin tener en cuenta la norma aplicable al caso concreto, sino más bien que, dado que la ley permite la interpretación, como así recoge nuestro propio ordenamiento jurídico, se abre la posibilidad de que esta tarea de toma de decisiones se vea influenciada precisamente por todo esa amalgama de vivencias, ideas, percepciones personales o influencias derivadas del contexto social. No podemos, por tanto, y de manera generalizada, determinar quién está en lo correcto y quién no en una ciencia como el Derecho, y especialmente en una materia tan subjetiva como es el Derecho de Familia. Nos movemos así en la peligrosa (por inconsistente y ambigua) línea de determinar qué es justo y qué es injusto, y de cuál es la potestad que tiene el Juez en sus manos para establecer estos parámetros. Se presupone la capacidad de los jueces para, incluso influenciados por todos esos factores mencionados ajenos a la norma en sí, fundamentar sus resoluciones judiciales siguiendo los principios generales del Derecho que emanan de las propias normas. Pero, sin menospreciar su importante labor, sí puede apreciarse un mayor grado de discrecionalidad en el ámbito jurídico mencionado que el existente en otros órdenes por la especial naturaleza del proceso de familia y los intereses dirimidos en el mismo.

Uno de los puntos controvertidos donde mayor discrecionalidad se produce es en la fijación de la pensión de alimentos de los hijos menores de edad, dado que “existen conceptos de gasto que se corresponden con un conjunto de materias, que son de fragmentación empírica. Por ejemplo, los consumos de electricidad, agua, gas, calefacción o aire acondicionado tienen una traducción económica clara, recogida en el recibo de la entidad suministradora, pero de un reparto entre los beneficiarios con criterio teórico, porque no se puede individualizar el consumo de cada componente del grupo que disfruta de ese servicio. Otro tanto ocurre con el gasto concreto de manutención, respecto del cual, si bien es cierto que cada miembro de la familia que vive en una misma casa consume cantidades diferentes de productos distintos, unos

más caros que otros, en ningún hogar se llevan unas cuentas en tal sentido”⁴⁷. Los términos que se utilizan con respecto a las necesidades económicas familiares permiten una amplia discrecionalidad al Juez a la hora de determinar la cuantía, pues qué se entienda por la acomodación a las circunstancias y necesidades o cuál sea la proporción correcta entre el caudal y los medios del alimentante con respecto a las necesidades del alimentista puede prestarse a muy diversas interpretaciones, como así viene dándose en la práctica diaria de los juzgados. El Juez realiza un cómputo aproximado, según su criterio, que podrá corresponderse con la legalidad vigente, pero distar de lo que una familia necesita o puede asumir.

En Derecho comparado, existe desde hace varias décadas una corriente legislativa y doctrinal que pretende eliminar la discrecionalidad en materia de Derecho de Familia, regulando de manera precisa la normativa vigente aplicable. En países como Estados Unidos, Nueva Zelanda o Canadá “se regulan de manera más exhaustiva los procesos de Familia, estableciéndose especialidades probatorias tales como la posibilidad de incorporar en cualquier momento material probatorio sobre estas cuestiones, que el Juez pueda decretar de oficio la práctica de la prueba que estime pertinente, y que las normas generales sobre prueba testifical y documental no sean aplicables, lo que implicaría que en cuestiones dominadas por el principio dispositivo, como la pensión compensatoria o el uso de la vivienda familiar en caso de no existir hijos menores, la vinculación al régimen general de prueba será absoluto”⁴⁸.

En la Memoria explicativa elaborada por el Grupo de Trabajo de Derecho de Familia del CGPJ⁴⁹ se insiste en los inconvenientes que provoca la amplia discrecionalidad del Juez en los procesos de dicha naturaleza:

(i) **Imprevisibilidad de la respuesta judicial.** Dependerá del Juzgado concreto en el que se tramite el asunto que la cuantía sea una u otra.

(ii) **Posibilidad de respuestas judiciales distintas en supuestos similares.** La práctica demuestra que, ante grupos familiares similares, con parecidas necesidades y disponibilidades económicas, la cuantía de las pen-

47 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNIARRAGA, Luis, 2014, “Algunas Cuestiones polémicas en la pensión de alimentos”, [en línea], *Lefebvre El Derecho*.

Disponible en: <https://elderecho.com/algunas-cuestiones-polemicas-en-la-pension-de-alimentos>

48 SOLETO MUÑOZ, H., 2003, *El interés público en los procesos...*, op. cit., pág. 50.

49 Véase GARCÍA GARCÍA, Natalia, 2013 “Tablas orientadoras de las pensiones alimenticias”, *SEPIN*, Disponible en: <https://blog.sepin.es/2013/10/tablas-orientadoras-de-las-pensiones-alimenticias/>

siones que se fijan habitualmente suele ser diferente entre Juzgados, aunque correspondan a una misma población o incluso estén dentro de un mismo Juzgado.

(iii) **Incremento de la litigiosidad contenciosa**, porque, ante la imprevisibilidad de la respuesta judicial, las negociaciones preprocesales para alcanzar acuerdos se dificultan, pues alguna de las partes siempre puede pensar que la decisión judicial va a estar más cerca de sus pretensiones que de las de la otra parte y, por tanto, que es preferible un proceso contencioso.

La justificación de esta discrecionalidad es la de tratar de dar flexibilidad al proceso de familia. Esta circunstancia implicaría necesariamente que los Tribunales tuviesen una mayor comunicación con el resto de operadores jurídicos, consiguiendo así implantar y elegir los cauces de resolución de conflictos más adecuados a través del debate, del mismo modo que sería necesaria la utilización de baremos de cálculo de pensiones de alimentos más o menos estandarizadas, generando así en los ciudadanos una mayor sensación de seguridad jurídica.

6. Notas diferenciadoras del Derecho de Familia

Hemos recogido anteriormente la idea, repetida en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, de que los conflictos relativos a las personas y familia tienen unos rasgos totalmente diferentes a los que se dirimen en otras jurisdicciones, empezando por el objetivo del procedimiento, que no es juzgar el pasado sino regular el futuro, y, en consecuencia, se pueden introducir hechos nuevos en cualquier momento del procedimiento. Esta es la diferencia de mayor importancia, puesto que, generalmente, el objeto principal del proceso es examinar una realidad fáctica estática tanto en el orden civil como en el penal, anclada en el pasado y respecto de la cual será necesario enjuiciar una mayor o menor adecuación a la legalidad, y en su caso, determinar las responsabilidades surgidas como consecuencia del incumplimiento de la norma. Sin embargo, en Familia, la función del derecho no puede ser narrativa y especulativa, sino básicamente transformadora⁵⁰.

Además, “existen en el desarrollo de los procedimientos especialidades relevantes, como pruebas periciales aportadas por las partes respecto de anomalías patológicas conductuales o psíquicas, instrumentos auxiliares para el enjuiciamiento como los informes psicosociales, la intervención de educado-

50 Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., 2012, *El proceso judicial como...*, op. cit., pág. 189.

res, la previsión de terapias, los procesos de mediación o en la fase de ejecución de sentencias, los puntos de encuentro, los seguimientos o la posibilidad de modificar medidas”⁵¹.

A pesar de haber dejado atrás el sistema culpabilístico, en el que la causa de la crisis conyugal tenía trascendencia legal, las causas y “culpas” siguen existiendo, e influyen directamente en la manera de dirigir el proceso. El procedimiento de familia suma a la parte jurídica y procesal la fuerte carga emocional de las razones de ambas partes, que además de cuestiones económicas van a ver alterada la relación que tienen con sus hijos. No podemos en ningún caso dejar de lado esta circunstancia emocional, pues de ese modo estaríamos abordando una ínfima parte del problema que se nos presenta.

Partimos de la base de que los jueces no operan de manera aséptica y neutral. Es más, la mayor parte de las veces, “aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos”⁵².

No podemos, por tanto, y de manera generalizada, determinar quién está en lo correcto y lo que no en una ciencia como el Derecho. Se presupone la capacidad de los jueces para, incluso influenciados por todos esos factores mencionados ajenos a la norma en sí que dependen de su visión personal y de sus convicciones, fundamentar sus resoluciones judiciales siguiendo los principios generales del Derecho que emanan de las propias normas, y más cuando está en juego un interés supremo como es el de los menores de edad.

El procedimiento de familia cuenta con una serie de elementos diferenciadores que lo hacen totalmente distinto al proceso civil patrimonial, si bien algunos aspectos continúan basándose en el mismo. En el proceso de familia se trastoca la estructura tradicional del proceso civil, “acercándose sus principios rectores a los propios del sistema inquisitivo, dada la concurrencia de elementos tales como el interés del menor, que lo apartan de una concepción

⁵¹ Ídem.

⁵² RAVETLLAT BASTELLÉ, Isaac, 2012, “El interés superior del niño; Concepto y delimitación del término”, [en línea], *Educatio Siglo XXO*, volumen 30, nº 2, pp.89-108.

Disponible en: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/38709/1/153701-593011-1-PB.pdf>, pág.91.

patrimonialista del proceso”⁵³. Y si bien todas las resoluciones judiciales tienen trascendencia, aquellas que tienen por objeto el futuro de los menores deben ser, además de justas, efectivas.

Otra característica que define el Derecho de Familia es que se trata de “conflictos con una dimensión psicológica que supera o condiciona la problemática jurídica propiamente dicha, lo que significa que sean precisos conocimientos, competencias y habilidades distintas al del jurista que trabaja en otros ámbitos del Derecho”⁵⁴.

El papel del Juez de Familia tampoco se puede asimilar sin más al del Juez civil, ya que tiene la potestad de pronunciarse sobre materias acerca de las cuales las partes han podido no solicitar resolución, siempre que las mismas estén relacionadas con menores de edad, pudiendo adoptar aquellas medidas que considere idóneas con respecto al mismo en cualquier momento del procedimiento. Cuenta, asimismo, con la capacidad de supervisar el bienestar de todos los afectados en el proceso, tanto cónyuges como menores, pudiendo incluso rechazar acuerdos lesivos para el interés de cualquiera de los cónyuges (art. 90 CC).

Podemos calificar el objeto del proceso matrimonial como heterogéneo, existiendo tres pretensiones que son “totalmente distintas entre sí, respondiendo a principios diversos y reclamando soluciones igualmente dispares”⁵⁵: La pretensión principal, que es la disolución del vínculo matrimonial, las pretensiones relativas a los hijos comunes y las cuestiones económicas.

Ante el incumplimiento de la resolución judicial existen mecanismos judiciales de refuerzo negativo, como son las multas coercitivas en el ámbito civil o incluso penal, la suspensión o restricción en el régimen de visitas, el condicionamiento a terapia de uno de los progenitores (o de ambos), y el apercibimiento de los cambios de custodia, que acaba siendo visto simplemente como una amenaza. La dificultad de obligar a un adulto a hacer algo es supina, y más cuando ello implica, por ejemplo, pasar tiempo con sus hijos o abonar unas pensiones que cree no tener que pagar solamente por el odio acérrimo al otro progenitor.

Existen estudios que acreditan que de un 5 a un 12% de los conflictos graves entre los progenitores continúan tras los primeros años del divorcio⁵⁶,

53 SOLETO MUÑOZ, H., 2003, *Las medidas provisionales...*, op. cit., pág. 26.

54 ORTUÑO MUÑOZ, P., 2012, *El proceso judicial como...*, op. cit., pág.191.

55 Vid. SOLETO MUÑOZ, H.,2003, *Las medidas provisionales...*, op. cit., pág. 35.

56 Ibídem, pág. 128.

porcentaje que se mantiene al referirse al número de parejas que entran en un bucle perpetuo de alto conflicto y que utilizan el constante recurso al procedimiento judicial como medio para el mantenimiento continuo del conflicto, de su reactivación, entrando en un círculo vicioso que conlleva la saturación de los juzgados, supone una enorme carga económica para los progenitores y contribuye al mantenimiento de la percepción de la pareja como un enemigo, dificultando la posibilidad de establecer una comunicación positiva y de alcanzar acuerdos satisfactorios. Los niños que más sufren son aquellos que, además de tener que superar la ruptura conyugal, se ven sometidos a los conflictos interparentales que continúan tras el divorcio.

Todo ello nos lleva de nuevo a tratar un punto realmente importante: la cuestión sobre la necesidad de crear una jurisdicción especializada en Derecho de Familia lleva muchos años encima de la mesa, y se reclama no sólo por parte de los propios jueces, sino de todos los operadores jurídicos que intervienen en el proceso. Solamente conociendo los retos a los que se enfrentan estos profesionales en el día a día es posible conocer las carencias y necesidades que requieren este tipo de conflictos, que afectan al pilar de la sociedad: la familia.

Esta reivindicación surge por la complejidad existente en el trato de estos asuntos imitando el ejemplo de otros países como Francia, que creo los “*tribunaux d'affaires familiaux*”; Italia, con sus “tribunal di familia”, los “tribunais de familia e menores” portugueses y las “Family Court de Inglaterra y Gales”⁵⁷. En España, la primera experiencia data del año 1981, cuando se configuraron los Juzgados de Familia que contaban con un trabajador social y un psicólogo, pero que a día de hoy no se han evaluado para decidir si este esquema puede extenderse a nivel nacional. Además, no existe ningún tipo de formación previa especializada a los operadores jurídicos que trabajan en estos Juzgados, siendo incluso en muchos casos juzgados mixtos, como hemos estudiado. El trato que se le ha dado por parte de los poderes públicos a esta petición de especialización, hasta la fecha, ha sido “decepcionante, si se le compara con los esfuerzos, incluso económicos, que se emplean en otras especialidades de menor impacto en la ciudadanía”⁵⁸.

En España existen en la actualidad 124 tribunales de Primera Instancia es-

57 ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, 2015, “La Abogacía de Familia; Una especialización profesional necesaria, en La evolución del Derecho de Familia en los últimos 25 años”, en *Homage to Luis Zarraquiqui Sánchez- Eznarriaga*, Madrid, AEAFA, (Pp. 291-315), pág. 293.

58 Ídem.

pecializados en materia de familia, repartidos en 56 partidos judiciales. Esto significa que el 53% de la ciudadanía no tiene acceso a juzgados especializados, y esto acarrea situaciones en las que, por ejemplo, un procedimiento de medidas provisionales puede llevar a dilatarse hasta 9 meses⁵⁹.

Compartimos la reflexión del magistrado al respecto de la importancia que la especialización de la jurisdicción de familia tiene, no solamente a nivel jurídico, sino sin duda a nivel social: “La necesidad de la especialidad en derecho de la persona, protección de menores y familia, como requisito imprescindible para la adecuada realización de los principios de la Declaración Universal de los Derechos del Niño es reclamada desde todos los ámbitos especializados. Ya existe la especialidad de menores, referida a los jóvenes infractores, desde el año 1990, para que los jueces reciban una formación específica antes de ejercer el cargo. También se realizan cursos de especialización para ocupar destinos en los juzgados de violencia sobre la mujer, sin embargo, no se prevé ningún tipo de formación especializada para acceder a un juzgado o tribunal de familia.

España es el único país en la Europa Occidental que menosprecia el ejercicio de esta función jurisdiccional, colocándola en el primer grado de la jurisdicción, donde jueces sin experiencia de ningún tipo comienzan su carrera judicial en juzgados con competencias en persona y protección de menores. Es significativo que en países como Inglaterra, para poder presidir y enjuiciar juicios de familia se debe ser Juez, lo que implica tener un mínimo de 15 años de carrera profesional previa como jurista, y tener más de cinco años de experiencia como Juez en asuntos económicos o penales.

Con tales requisitos se exige la superación de dos cursos de especialización, uno en aspectos de orden público y otro de derecho de familia privado para ejercer esta función. En estos cursos, más del 50 % de las materias son extrajurídicas, desde casuística en materia pediátrica, neurología psicología e incluso radiología infantil.

El modelo español es, además, incongruente, puesto que con la reforma de 1981 se crearon, a modo experimental, Juzgados de Familia, que se ubicaron en grandes ciudades y se dotaron de unos denominados equipos psicosociales que jamás se han regulado, dejando en el resto del territorio esta competencia

59 Portal de Abogacía Española, 14 de octubre de 2020, “*El 53 por ciento de los ciudadanos no tiene acceso a juzgados especializados*”, Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-53-de-los-ciudadanos-no-tiene-acceso-a-juzgados-especializados-en-crisis-familiares/>

a juzgados civiles ordinarios o juzgados mixtos de primera instancia e instrucción. Además, para acceder a estos juzgados, así como a las salas de las audiencias provinciales que conocen de estas materias, no se exige al Juez ningún tipo de conocimiento especial, lo que es más grave incluso a niveles de las audiencias. Es decir, existe la especialización del juzgado (es únicamente a efectos de reparto de asuntos), pero no del juzgador.

Esta especialidad no sólo debe exigirse a jueces y fiscales, sino también a los abogados que trabajan en este campo. Lo justifican las materias jurídicas propias, entre las que adquiere singular importancia el acervo normativo internacional, desde los reglamentos comunitarios, a los convenios de la Conferencia de la Haya en materia de familia y protección de menores, o a nivel mundial, habida cuenta que el proceso de mundialización de las relaciones sociales implica un conocimiento profundo de los principios internacionales que regulan estas materias”⁶⁰.

7. Percepción de la Justicia por parte de la ciudadanía española

Todos estos factores inciden de manera directa en la percepción que la ciudadanía tiene de la justicia española, no solamente en los procedimientos de familia sino sobre el sistema judicial en general. Los parámetros generales establecidos por la Comisión para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ), creado en el año 2002 en el marco del Consejo de Europa, son los siguientes: inversión económica en Justicia, medios económicos dedicados a Justicia, traducidos en medios personales y materiales, número de jueces y fiscales... Las relacionadas con la satisfacción y la insatisfacción de los usuarios se cuantifican en una justicia rápida, con resoluciones de eficaz cumplimiento y con un coste adecuado. Según se recoge en el informe, “la amplia experiencia demoscópica disponible indica que el grado de confianza ciudadana en las instituciones y en los grupos que articulan la sociedad experimenta oscilaciones periódicas no sólo en función del respectivo desempeño de sus funciones sino también en función del estado de ánimo colectivo en cada momento”⁶¹. En España, tras la grave crisis económica

60 ORTUÑO MUÑOZ, P., 2012, “El proceso judicial como maltrato al menor” en *El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales*, (Coord. Rosa María de Castro Martín), Dykinson, Madrid, 2012, pág. 191.

61 V Barómetro externo de percepción del Consejo General de la Abogacía Española, 2015, “La imagen de los abogados y de la Justicia en la sociedad española”, [en línea], Me-

sufrida, ha descendido el grado de confianza en las instituciones de manera generalizada.

La abogacía ocupa un lugar destacado en lo que se refiere a confianza institucional de los ciudadanos, quedando en primer lugar entre todas las instituciones jurídicas evaluadas, con una apreciable recuperación de imagen de los jueces. Año tras año, la profesión de la abogacía se mantiene en un nivel medio-alto confortable. La ciudadanía considera que la figura del abogado realiza una contribución social a la justicia mediante la representación y defensa de sus clientes, llevando a cabo una función de interés público.

Un 53% de los españoles considera que la Administración de Justicia funciona mal, frente a un 32% que se muestra satisfecho con el funcionamiento actual. Aprecian asimismo que los medios con los que el sistema de Administración de Justicia cuenta son escasos. De hecho, nada menos que un 90% de la ciudadanía cree necesario reformar con carácter urgente el sistema judicial para aquellos asuntos muy graves⁶². Los motivos por los que el diagnóstico resulta negativo se fundamentan en las siguientes percepciones: (i) El lenguaje jurídico resulta excesivamente complicado para la ciudadanía media (82%), (ii) la Justicia se encuentra desorganizada (80%) y (iii) los medios con los que cuenta para poder investigar y castigar los casos de corrupción son insuficientes (77%).

Por otro lado, y esta cifra sí se puede considerar preocupante, un 73% de los españoles cree que ganar un pleito es “papel mojado”, porque o no se cumplen los pronunciamientos recogidos en una sentencia, o se cumplen tarde y mal⁶³. Y esta percepción es compartida por los propios abogados, de los cuales un 77% opinan que la justicia funciona mal o muy mal, pero no tanto por culpa de los jueces sino por la propia organización del sistema. La litigiosidad excesiva en la que recaen los países, pues este mal no sólo afecta a España, produce insatisfacción a los justiciables, reducción de la confianza en el sistema, ralentización de la economía y pérdida de oportunidades para generar riqueza. Esta insatisfacción en la respuesta de “los sistemas jurídicos

troscopia, CGPJ. Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/07/informe-v-barometro-externo-cgae-noviembre-2015.pdf>. No ha vuelto a actualizarse desde el año 2015.

62 El estudio no indica específicamente qué puede considerarse grave o de relevancia social, pero es probable que los ciudadanos tengan en mente algunos casos mediáticos que crean una especial sensibilidad y que llevan años y años en la palestra sin resolverse.

63 CGPJ, 2015, *Barómetro externo de percepción...*, op. cit., en línea.

tradicionales”⁶⁴ se produce a nivel general, y no solamente en los procedimientos relativos a derecho de familia.

En conclusión, se exige una reforma inmediata del sistema, alcanzando un pacto de Estado que blinde de manera clara y contundente las posibles injerencias de carácter político en el poder judicial.

La imagen que los españoles tienen del CGPJ resulta también negativa, al considerar que no es una institución lo suficientemente transparente (83%), ni independiente del Gobierno (79%). Además, el 76% considera que no cumple de una manera adecuada la defensa de la independencia de jueces y tribunales. El 82 % de los encuestados considera que este ente debería dar cuentas de manera regular de las funciones que desempeña.

Debemos analizar asimismo la percepción que la ciudadanía tiene del uso de los métodos alternativos de resolución de conflictos en cuestiones judiciales, aunque los datos son escasos debido a la falta de cultura existente en nuestro país. En lo que respecta a la Justicia en materia civil, en el informe de la Comisión para la Eficacia de la Justicia del Consejo de Europa (CEPEJ), se apunta que la mayor problemática es la tardanza en la resolución, y se indica que el atasco en los tribunales se ha visto fuertemente influido por la crisis económica sufrida. Por ejemplo, la media de resolución de un procedimiento de divorcio contencioso en Italia es de 500 días, cuando la mayor parte de los países europeos está más cerca de los 300 días, teniendo en cuenta que la mayor parte de estos países utilizan de manera más habitual el uso de *Alternative Dispute Resolution* (ADR'S), especialmente la mediación y la conciliación⁶⁵.

El papel del abogado en la elección del método de resolución del conflicto cuando un cliente llega al despacho es fundamental; habrá de realizar una evaluación de cuál es el método más adecuado y aconsejar en relación con su evaluación al cliente. Una vez iniciado el procedimiento más adecuado, las probabilidades de satisfacción de las partes se dispararán, frente al modelo tradicional del proceso, con sus sucesivas contingencias y decepciones.

Hay que reconocer que el sector de abogacía ha realizado un importante

64 REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto, 2006, “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo; las relaciones transfronterizas”, *Estudios sobre consumo*, (pp. 59-73), Madrid, pág. 59, Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/61447594.pdf>

65 SOLETO MUÑOZ, Helena, 2017, *El abogado colaborativo*, Madrid, Tecnos, pág.16.

esfuerzo formativo en estos métodos, especialmente en mediación, pero “no todo puede depender de los abogados, y para el desarrollo de los sistemas adecuados de resolución de conflictos es preciso un desarrollo estratégico del nuevo modelo, diseñado por la Abogacía y por el Ministerio de Justicia, el CGPJ, la procura y otros operadores”⁶⁶.

El ciudadano contemporáneo espera una justicia rápida, con un coste adecuado y de eficaz cumplimiento, pautas que a día de hoy no se están viendo satisfechas, y que deben hacer reflexionar a todos los operadores jurídicos acerca de los cambios a implantar para conseguir resultados más eficaces y satisfactorios para los usuarios de la justicia.

De todos modos, sería conveniente obtener datos más precisos acerca de la actividad en los tribunales, y detectar en qué fases se producen los problemas y para qué tipo de asuntos sería más eficiente la introducción de métodos alternativos de resolución de conflictos, pero también se precisa una evaluación más profunda de la eficacia y coste de los distintos mecanismos de resolución de conflictos, y más datos sobre la actividad de los individuos clave en los procedimientos: los abogados y los tribunales.

Lo que queda suficientemente claro es que hablar de manera recurrente de métodos adecuados⁶⁷ de resolución de conflictos “supone asumir desde el punto de vista crítico la realidad del sistema de la Administración de Justicia en su conjunto, para llegar a la conclusión de que la respuesta judicial emanada de un proceso contencioso debe estar basada en el principio de intervención mínima, cuando no sea posible por otros medios dirimir un conflicto de intereses o cuando la naturaleza de los hechos no admita otra salida que la de una decisión de un tribunal impuesta coactivamente. Para otros muchos casos, es el propio Estado el que debe propiciar la devolución a los ciudadanos de la capacidad de encontrar la solución adecuada”⁶⁸.

66 *Ibíd.*, pág. 24.

67 El Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 15 de marzo de 2020, ya habla exclusivamente de métodos adecuados, y no usa la palabra alternativos. Es un paso importante, no cabe duda, aunque en determinados textos se sigue utilizando la vieja acepción.

68 ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, 2007, “Sistemas Alternativos a la resolución de alternativa de conflictos; la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, [en línea], pág. 16, Disponible en: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-mAcNhe.pdf

8. La situación de los agentes colaboradores en Derecho de Familia

Los Juzgados cuentan con una serie de colaboradores que apoyan la labor jurisdiccional en planos que no alcanzan y que requieren de la intervención de profesionales especializados. En materia de Familia es relevante la función que realizan los Equipos Psicosociales y los Puntos de Encuentro Familiar (PEF'S). Debido al alto número de procedimientos que los Juzgados se ven obligados a dirimir, los servicios ofrecidos por estos profesionales tienden a retrasarse, con el evidente perjuicio que ocasionan al justiciable. A continuación, analizamos las principales carencias de los servicios mencionados:

8.1. La falta de especialización y retraso en la emisión de informes por los Equipos Psicosociales

Los Equipos Psicosociales colaboradores con la Administración de Justicia son *“elementos de apoyo técnico, especializados en las disciplinas del Trabajo Social y la Psicología, que ofrecen sus criterios a los órganos judiciales encargados de resolver los asuntos judiciales con menores implicados en materia de Derecho de Familia”*⁶⁹. Su principal función es aportar información al órgano judicial sobre la idoneidad de los progenitores en procedimientos de familia en aquellas controversias relativas a la guarda y custodia o régimen de visitas de los hijos menores, siempre velando por el interés superior de los mismos.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de separación y divorcio, modificó el artículo 92.5 del Código Civil en el siguiente sentido: *«El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores»*. También se hace referencia a ellos en el artículo 770 apartado 4 de la LEC, que se refiere a recabar el auxilio de especialistas en las exploraciones de os menores si fuese necesario. Asimismo, el apartado 5 del artículo 777 LEC, se refiere a los miembros del Equipo Técnico Judicial en caso de que hubiera hijos menores o incapacitados.

⁶⁹ Información disponible en: https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/ndp_equipos_psicosociales.pdf

Sin embargo, pese a ser un recurso utilizado de manera recurrente por los Juzgados de Familia, tanto a solicitud de las partes como del Tribunal si así lo estima conveniente, y a la creencia de que dicha prueba tiene carácter de prueba pericial, *“no existe mayor normativa que la precitada, por lo que, al no aparecer regulados, no se estipula cómo deben nombrarse, qué titulación deben tener, qué garantías debe proveer el órgano del cual dependen, cómo deben emitir su informe, cómo debe incardinarse su actuación en el proceso de familia, etc..., siendo así que realizan un papel fundamental en una materia de concesión de custodias que afecta directamente a Derechos Fundamentales”*⁷⁰.

La inclusión de los Equipos Psicosociales (EPS) en los Juzgados de Familia responde “a una necesidad de la nueva justicia, la cual tiene que ocuparse de

70 Boletín Oficial de las Cortes Generales de 11 de octubre de 2016, [en línea], pp. 10-13. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-32.PDF#page=10. La ausencia de regulación específica de los equipos psicossociales se puso de manifiesto en las comparecencias en relación con las proposiciones de Ley Orgánica de modificación de Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, para proceder a la creación de la jurisdicción de familia, otra de las reclamaciones básicas de los operadores jurídicos en familia desde hace décadas. La Comisión de Justicia, en su sesión del día 17 de diciembre 2013, aprobó la Proposición no de Ley relativa al establecimiento de unos requisitos mínimos en la formación de psicólogos y psiquiatras forenses y otros peritos judiciales presentados por el Consejo General del Poder Judicial. La reclamación fue puesta de manifiesto por el representante de la Asociación Española de Abogados de Familia, el Sr. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga (pág.11): “«Aquí viene uno de los estupores que produce el estudio de las leyes en materia familiar y es el que todos ustedes han mencionado, el equipo psicossocial. El equipo psicossocial no está en la ley, no existe. Todo lo que podemos plantear como similitud, por ejemplo, es con el forense en el ámbito penal. El forense este regulado y tiene su posición clarísima. El equipo psicossocial es un funcionario fantasma del Ministerio de Justicia, que lo hay —se dice— adscrito a un juzgado u otro, pero que ni en la Ley Orgánica ni la ley procesal está. En el Código Civil se habla de especialistas, en la última reforma se habla de especialistas informados, hablamos de recurrir a unos ciudadanos que unas veces se les llama peritos, que parece que es una prueba pericial, pero que tiene una característica propia que no está regulada en ningún sitio. Antes de que empecemos a hablar de su adscripción territorial que es lo que Usted propone, tendríamos que crearlos, tendríamos que inventarlos y darles una cabida en la ley porque hacen un papel fundamental.». Esta reclamación dio lugar a la siguiente Proposición no de Ley “*El Congreso de los Diputados considera necesario estudiar la posibilidad de dotar a los Equipos Técnicos conocidos como equipos psicossociales” adscritos a los Juzgados de Familia, de un marco jurídico que los regule en cuanto a su composición, funciones y responsabilidad*”.

cuestiones complejas y no jurídicas sin conocimientos ni medios para hacerlo. La ley obliga al Juez de familia a que acuerde los criterios principales de organización de una familia, sin conocer las formas de estructura familiar, organización familiar o sin las habilidades para evaluar las distintas dinámicas familiares previas a la separación y que puedan ayudar a pronosticar una futura vida familiar. Los EPS no se integran en el procedimiento de la ley, ni se les da una forma funcional que pueda otorgar autoridad administrativa a sus informes⁷¹.

El informe pericial psicosocial es un elemento clave en los procedimientos de familia, especialmente para determinar cuál es la modalidad idónea de custodia de acuerdo con el mejor interés del menor, y presenta una naturaleza singular frente a la prueba pericial recogida con carácter general en la LEC: es una prueba más a tener en cuenta por el Juzgado⁷² aunque no necesariamente deberá seguir su criterio. De hecho, la doctrina sigue la línea de que no puede considerarse un dictamen de peritos en los términos en los que la ley configura la prueba. Si bien es cierto que esta prueba no es necesaria para absolutamente todos los procedimientos, ante el menor atisbo de duda suele ser solicitada por las partes o sugerida por el propio órgano judicial.

El colapso sufrido en la actualidad por los Equipos Psicosociales evidencia la alta incidencia de los conflictos en los procedimientos de familia; a pesar de los recursos existentes en el ámbito judicial, estas situaciones sobrepasan la capacidad de resolución de los equipos, debido principalmente a la falta de medios materiales y personales en el ámbito de Justicia.

Tanto abogados como magistrados han denunciado retrasos de hasta dos años⁷³ en la elaboración de informes psicosociales que pueden ser determi-

71 DÁVILA RODRÍGUEZ, María Dolores; SOTO ESTEBAN, Raúl, 2015, “El Coordinador de Parentalidad, una propuesta desde dentro”, [en línea], *Revista Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 15, pp.171-187, pág. 172, Disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2015/2015art11.pdf>

72 De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de septiembre de 2015, Sala Primera de lo Civil, (Roj: STS 3707/2015, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas), “... las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos”.

73 Concretamente en el Juzgado número 2 de Valdemoro (Madrid) se apreció un retraso de 19 meses para la emisión de un informe, mientras que en Sevilla se produjeron retrasos de hasta 3 años. Por otro lado, un Juzgado de Torrejón de Ardoz, en Madrid, sus-

nantes para que un Juez decida la custodia de un menor. La magistrada y miembro del Comité Territorial de Madrid de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, Doña Natalia Velilla, indicó que estos informes pueden “ser determinantes en asuntos muy delicados, como abusos, maltrato, o disputas por la custodia. Y en estos casos, el tiempo es fundamental”⁷⁴, causando un importante impacto emocional en la vida de los implicados.

El grave perjuicio que estos retrasos ocasiona ha sido puesto de manifiesto también por el Tribunal Superior de Justicia andaluz, que denuncia retrasos de 9 meses a un año en la tramitación de informes por parte de los Equipos Psicosociales adscritos a los Juzgados, en este caso de Granada. Esto supone un grave perjuicio que afecta de manera directa al ejercicio del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, y coloca a los menores afectados en el procedimiento en una lamentable situación, al dejar en el aire cuestiones tan sensibles como la guarda y custodia de los mismos⁷⁵. La dilación en la tramitación de los mencionados informes genera una fuerte tensión entre los miembros de la familia afectando de manera directa a los menores implicados. El retraso comienza a observarse incluso en casos de maltrato o abuso al menor, no sólo custodia.

El Ministerio de Justicia, a instancia del Consejo General del Poder Judicial, creó en el año 1983 con carácter experimental, un total de 19 Equipos Psicosociales, formados por un psicólogo y un asistente social para los juzgados especializados en Familia, si bien no existe norma reglamentaria que extienda esta experiencia, ni se ha reglamentado su funcionamiento desde su año de creación, hace ya más de 35 años.

En octubre del año 2016 se puso de manifiesto en el Congreso de los Diputados, a través de una proposición no de ley, la necesidad urgente de especialización de los Equipos Psicosociales adscritos al Juzgado, ya que no se exigen

pendió un juicio por la falta de un informe psicosocial que llevaba un año y medio de demora. Ya en el año 2017, el Decano del Colegio de Abogados de Cartagena (Murcia), ponía de manifiesto al Defensor del Pueblo la saturación del equipo psicosocial, compuesto por dos psicólogas y una trabajadora social, y su incapacidad para dar abasto.

74 Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, 2018, “Dos años de retraso en informes decisivos para la custodia de menores”, [en línea], Disponible en: <http://www.ajfv.es/dos-anos-retraso-informes-decisivos-la-custodia-menores/>

75 S.A, 2016, “TSJa pide corregir los “retrasos” de los informes psicosociales en Granada”, *Europa Press*, de 8 de julio de 2016, Disponible en: <https://www.europa-press.es/andalucia/noticia-tsja-pide-corregir-retrasos-informes-psicosociales-granada-20160708135720.html>

requisitos mínimos de entrada, ni conocimientos especializados en Derecho de Familia: *“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a establecer unos requisitos mínimos de conocimiento y profesionalidad de los psicólogos y psiquiatras forenses, así como de otros colectivos de peritos judiciales, con especial referencia al ámbito jurídico, en la medida que realicen su actividad ante la Administración de Justicia. Asimismo, a considerar la creación de un Registro a nivel nacional en el que se incluyan los profesionales de los diferentes ámbitos que cumplan tales requisitos mínimos, dependiendo del Ministerio de Justicia”*⁷⁶.

Por ello, el Grupo Parlamentario Popular presentó la siguiente Proposición no de Ley: *“El Congreso de los Diputados considera necesario estudiar la posibilidad de dotar a los Equipos Técnicos conocidos como equipos psicosociales” adscritos a los Juzgados de Familia, de un marco jurídico que los regule en cuanto a su composición, funciones y responsabilidad”*.

Esta falta de especialización supone una excepción en el conjunto de los peritos judiciales, pues si nos referimos al resto de profesionales que son llamados al proceso judicial, (médicos, arquitectos, ingenieros, auditores o economistas...), se requiere que sean profesionales colegiados adscritos a una lista de la que el Juez llama siguiendo un orden correlativo, y sus dictámenes son abonados por la parte que solicita su trabajo.

Aunque, en mi opinión, existe todavía cierta confusión en las funciones que el Coordinador de Parentalidad tendría en connivencia con los Equipos Psicosociales, y así se tratará en capítulos posteriores, en la práctica se puede afirmar prácticamente que estos equipos, a pesar de la situación de saturación absoluta en la que se encuentran, han tenido que realizar tareas de Coordinación de Parentalidad.

8.2. El colapso de los Puntos de Encuentro Familiar

Los Puntos de Encuentro Familiar (PEF), que comenzaron a proliferar en España a partir de los años 90⁷⁷, son espacios normalizados destinados a llevar a cabo el cumplimiento de las visitas entre menores y progenitores no custodios para favorecer el derecho de los hijos a mantener contacto con am-

⁷⁶ BOCG, 2016, pág. 11.

⁷⁷ El primer PEF se abrió en 1996 en Valladolid, tras el cual se observó una importante expansión de los mismos, existiendo en la actualidad al menos uno en cada Comunidad Autónoma.

bos padres. Mediante los encuentros a través de PEF, se pretende prevenir posibles situaciones de violencia familiar, impulsar la transformación conductual de las partes para ejercer de manera positiva la tarea de ser padres y educar a los usuarios en el manejo de habilidades para un desarrollo adecuado de las relaciones familiares. El PEF se configura como un recurso temporal de normalización de la situación, “pero en ningún caso un recurso necesario e indefinido para asegurar las relaciones entre los distintos miembros de la familia”⁷⁸, basado en los principios de objetividad e igualdad de las partes.

Esta herramienta surge por la observación de un problema concreto, que es “la alta conflictividad que presenta el ejercicio del derecho de visitas de los menores en procesos de separación y divorcio de sus progenitores”⁷⁹. Los profesionales dedicados al ámbito de Familia constataron que en determinadas situaciones no se podía dar una respuesta adecuada con los recursos existentes, siendo necesario “ofrecer mecanismos que permitieran tener en cuenta no sólo determinados aspectos jurídicos, sino también psicológicos, sociales o estructurales del propio menor y de su familia”⁸⁰. en esta situación, se hace necesario contar con profesionales que intervengan a la hora de facilitar las entregas de los menores y de restablecer la comunicación basándose en la coparentalidad. Por todo ello, estos recursos son imprescindibles para aquellas familias con unas situaciones de conflictividad muy elevadas, pues de otro modo sería imposible ejecutar estas visitas al darse situaciones en las que incluso existe orden de alejamiento de un progenitor hacia el otro, pues el objetivo no es imponer de manera coercitiva obligaciones a los progenitores, sino procurarles las herramientas necesarias para la recuperación de la normalidad familiar.

Las tareas principales de los PEF’s son las siguientes: apoyo en el cumplimiento del régimen de visitas, cumplimiento del régimen de visitas en el propio PEF, tanto supervisadas como no supervisadas, y acompañamiento de menores al centro penitenciario o psiquiátrico en aquellos casos en los que exista internamiento de algún progenitor.

Los miembros de los equipos que trabajan en los Puntos de Encuentro

⁷⁸ BLANCO CARRASCO, Marta, 2008, “Los Puntos de Encuentro Familiar y el derecho de los menores a mantener la relación con sus progenitores”, UCM, *Cuadernos de Trabajo Social*, Volumen 21 (pp. 27-42), Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/view/CUTSo808110027A>

⁷⁹ Ibídem, pág. 30.

⁸⁰ Ídem.

Familiar deben contar con formación específica en mediación⁸¹. La necesidad de esta formación se basa en el hecho de que uno de los objetivos de la intervención del equipo técnico es “precisamente alcanzar la normalización de una situación de crisis familiar, siendo algunas de sus herramientas más importantes el análisis del conflicto y el conocimiento de las diversas técnicas de negociación”⁸². Deberían, por tanto, ofrecerse desde la propia universidad cursos homologados donde se ofreciese a los técnicos no solamente la formación teórica, sino las herramientas prácticas y los conocimientos necesarios en materia de mediación.

Con las intervenciones en los PEF se consigue una mejor adecuación del contenido de las resoluciones judiciales a la vida de cada familia. Por ejemplo, en los casos en los que la sentencia no recoge qué hacer en los días del cumpleaños de alguno de los progenitores, puede solventarse dicha cuestión con la ayuda de los equipos adscritos al Punto de Encuentro. Este tipo de intervenciones “son las más usuales en los PEF y suponen un importante ahorro al sistema judicial puesto que interviene en cuestiones que, en otro caso, deberían ser discutidas en sede judicial ante el alto grado de conflictividad de los sujetos. Esto permite no solo hacerlo en un contexto más adecuado sino, sobre todo, afirmar la idea de que los juzgados no son el foro más adecuado para discutir determinadas cuestiones, que a pesar de ser denominadas «menores» lo cierto es que colapsan la administración de justicia”⁸³. Se convierten así en importantes mecanismos para desatascar el sistema judicial, al permitir dirimir ciertas cuestiones en un ámbito de comunicación fluida entre los progenitores, sin que sientan la necesidad de derivar su conflicto a instancias judiciales.

Los PEF tienen funciones auxiliadoras tanto para las partes como para los Juzgados, pues éstos reciben información fidedigna sobre la evolución de la familia a través de informes remitidos de manera periódica. Sin embargo, y dado el incremento de las crisis familiares y de la falta de recursos para cubrir todas las necesidades, los PEF habilitados actualmente no son suficientes.

81 Así lo dispone, por ejemplo, el Decreto 93/2005 de 2 de septiembre, de los Puntos de Encuentro Familiar en el Principado de Asturias en su artículo 23.1: “*El equipo técnico estará compuesto por personal técnico con diferentes perfiles profesionales de las ramas psicosociales (Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Trabajo Social, Educación Social), siempre con formación básica en mediación y orientación familiar*”.

82 Vid. BLANCO CARRASCO, M., 2008, *Los Puntos de Encuentro Familiar...*, op. cit., pág. 37.

83 *Ibídem*, pág. 38.

No existen estadísticas sobre la situación actual de los Puntos de Encuentro Familiar⁸⁴ a nivel nacional y en relación con la demanda total, recogiendo simplemente varios medios de comunicación el retraso en la asignación de citas en los mismos. En el año 2017, en una actuación conjunta del Defensor del Pueblo y el Instituto Madrileño de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, se tuvo conocimiento de que los recursos con los que actualmente cuenta la Comunidad de Madrid para atender a las familias que precisan de un Punto de Encuentro Familiar son insuficientes. En concreto, se informó a esta institución de que 411 familias estaban siendo atendidas entre los tres recursos (126 en el Centro de Apoyo y Encuentro Familiar de Móstoles, 114 en el de Majadahonda-Las Rozas y 171 en Madrid), existiendo una lista de espera de 28 familias pendientes.”⁸⁵.

La insatisfacción de la ciudadanía con respecto de la Justicia se centra en dos cuestiones: la tardanza en la finalización del procedimiento y la ineficacia en la ejecución de la resolución judicial.

El elevado número de sentencias que no se ejecutan es una tónica general en todos los órdenes jurisdiccionales, sin embargo, las consecuencias que tienen para las familias son especialmente preocupantes: progenitores sin posibilidad de ver a sus hijos, familias sin apenas recursos económicos por impagos de pensiones de alimentos... Cuestiones que además tienen como víctima principal a los menores de edad, que se ven inmersos en procedimientos que no alcanzan a entender.

Toda la información analizada acaba llevándonos al mismo punto: es necesario fomentar la cultura de la resolución extrajudicial de conflictos, y si nos encontramos inmersos en el procedimiento judicial, que existan figuras que tengan como objetivo reconducir las situaciones familiares, especialmente las de alta conflictividad, hacia una solución extrajudicial y con visos de perdurar en el tiempo, para evitar así futuros procedimientos judiciales. Las

84 En Madrid concretamente existen en 2019 un total de 4 PEF habilitados; En el mes de septiembre de 2018, se abrió el cuarto centro y una nueva línea de actuación, la coordinación de parentalidad, por lo que todos se integran bajo el concepto de Servicio de Intervención Parental (SIP). En 2018 se atendieron un total de 676 casos y 2.806 personas, de las cuales 926 eran niños. Fuente: Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo. Dirección General de Familia, Infancia, Educación y Salud, Disponible en: <https://cutt.ly/FkZE7FY>

85 “Los niños y los adolescentes en el Informe Anual del Defensor del Pueblo”, 2017, [en línea], Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2018/04/Separata_Menores_informe_anual_2017.pdf

partes deben a aprender a gestionar por sí mismas sus conflictos, sin necesidad de acudir a un tercero que les dé la solución, y si lo necesitan acudiendo a terceros que les ayuden a gestionar estas situaciones de forma adecuada, pero por ellas mismas.

No podemos olvidar el coste económico que un elevado número de procedimientos supone. En el año 2018, se destinaron a la partida de Justicia 1.926 millones de euros, lo que supone un incremento del 3,1% con respecto al pasado año 2017, sin que se haga expresa mención a la partida destinada a métodos extrajudiciales de resolución de conflictos⁸⁶.

En la actualidad, los juzgados disponen de mayores recursos que hace unos años (aunque no los suficientes), tanto para valorar estas situaciones, como para intervenir si lo consideran necesario, existen Equipos Psicosociales de los Juzgados, o pueden derivar a Servicios de Mediación. Estos recursos permiten abordar los procesos de divorcio de una forma más razonable y más humana, ya que se establece la posibilidad de acuerdo entre las partes, dejando los procesos judiciales para aquellas situaciones en las que sea imposible alcanzar un acuerdo.

Debemos ser conscientes de una realidad y alejarnos de la utopía; no todos los conflictos pueden salvarse a través de la mediación o la negociación extrajudicial. Es más, ciertas relaciones jamás podrán ser encauzadas, a pesar de los esfuerzos de los profesionales que intervengan en la negociación al considerarse cronificadas. Pero si un gran porcentaje de las crisis familiares en situación de conflicto puede ser encauzado gracias a la utilización de una metodología adecuada, es más que necesario intentarlo.

Es necesario que los poderes públicos promuevan desde instancias superiores una nueva cultura que ensalce el uso de métodos adecuados de resolución de conflictos frente al proceso judicial, especialmente en el ámbito familiar para (i) desescalar el conflicto, (ii) desatascar la administración de justicia; (iii) proteger el mejor interés del menor evitando involucrarle en el procedimiento judicial iniciado por sus progenitores.

86 Vid. Abogacía Española, 2018 “El Estado destina a justicia un total de 1926 millones de euros un 31 % más que el año anterior” Disponible en: <https://www.abogacia.es/2018/04/04/el-estado-destina-a-justicia-un-total-de-1-926-millones-de-euros-en-2018-un-31-mas-que-el-ano-anterior/>

CAPÍTULO III

INCIDENCIA DE LA CRISIS DE PAREJA EN LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA

1. Introducción

No cabe duda de que una crisis de pareja impacta en muchas facetas, tanto económicas como emocionales y sociales, y todas ellas acaban afectando a la institución de la familia, cuyos miembros deben redefinir sus roles de manera drástica y adaptarlos a la nueva situación.

Hoy en día se vive en un contexto poco propicio para la estabilidad de las parejas y para la dedicación a la crianza de los hijos, por todos los motivos expuestos en el capítulo anterior. El cambio que se ha producido de la familia tradicional a la actual no puede considerarse ni bueno ni malo, sólo diferente, pero sí es cierto que es necesario tener en cuenta ciertas cuestiones relacionadas con el cuidado y crianza de los menores en familias separadas y sobre el modo de gestionar la crisis de pareja, y, en definitiva, de la familia, que pueden causar problemas en los mismos.

El hecho de que se haya normalizado el que una pareja decida poner fin a su relación, tomándose con mayor naturalidad que en tiempos pasados, no implica que no genere estrés y traumas en todos los miembros implicados, directa o colateralmente. Habrá personas que valoren la ruptura como un cambio adaptativo de la familia, mientras que otras lo considerarán un episodio negativo que degenera y dificulta las relaciones de sus miembros.

La familia es el agente principal en el desarrollo psicológico y emocional de los niños, en tanto que en su seno “se les transmiten creencias, valores, conductas y normas que en el futuro facilitan o impiden su ajuste psicológico y social”¹.

La ruptura de los padres puede conllevar un empeoramiento del sistema familiar, puesto que se relaciona con un empeoramiento tanto en la cooperación parental como en el apoyo familiar.

1 FARIÑA RIVERA, Francisca, PÉREZ LAHOZ, Violeta, VÁZQUEZ FIGUEIREDO, María José, SEJO MARTÍNEZ, Dolores, 2017, “Clima familiar y coparentalidad en familias con ruptura de pareja”, [en línea], *Revista de estudios e investigación en psicología y educación*, Vigo, pág. 1, Disponible en: <https://doi.org/10.17979/reipe.2017.0.05.2782>. En este trabajo se realiza un estudio en parejas separadas y no separadas, en una muestra de 80 progenitores con al menos un hijo en la franja de edad comprendida entre los 2 y los 10 años.

La familia cuenta con una relevante función psicológica, entendida como la vivencia percibida por el niño de ser amado, de sentirse reconocido por su familia como individuo independiente como requisito para construir una personalidad madura, siendo la falta de reconocimiento “un fracaso de la nutrición relacional en el terreno cognitivo que puede comportar serios hándicaps para la construcción de la personalidad”². Por ello, es de suma importancia el modo en el que los progenitores se relacionen y resuelvan sus conflictos, pues una mala gestión de los mismos incide de manera directa en el desarrollo emocional y cognitivo de los hijos.

Para un niño, las primeras experiencias vitales se desarrollan en el marco de la familia, siendo este núcleo fundamental para su crecimiento personal, habiendo reportado la psicología infantil que los menores, para un pleno desarrollo de su personalidad, deben crecer en un ambiente de cariño y afecto, y en una atmósfera de entendimiento y respeto entre los progenitores y para con los menores, que excluya los malos tratos y los abusos que pueden poner en peligro su salud y supervivencia, así como su crecimiento personal y emocional.

Dentro de la familia podemos distinguir dos subsistemas: El subsistema conyugal o de pareja, constituido por “las relaciones, vinculaciones y necesidades recíprocas de la pareja”; y el subsistema parental, que se origina a partir del nacimiento de los hijos, y recoge las relaciones de ambos progenitores, en su dimensión de padre y madre, con respecto de sus hijos³.

Cuando existe un conflicto o crisis de pareja, es el primero de esos subsistemas el que va a extinguirse, pero el segundo continúa vivo, porque van a continuar siendo padres después de la crisis como pareja; y lo importante es aprender a serlo de una manera organizada, sana, y que afecte en la menor medida de lo posible a los hijos que se ven inmersos en la ruptura de pareja. Sin duda resulta sencillo decirlo, pero en el día a día estas relaciones se complican, se malentienden y acaban ocasionando graves conflictos que acaban judicializándose.

El conflicto familiar tiene un matiz personal mucho más trascendente que el existente en otro tipo de conflictos, debido a que el vínculo existente entre

2 VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de Coordinación de Parentalidad...*, op. cit., pág. 33.

3 ROMERO NAVARRO, Fermín, 2014, *La Custodia Compartida y el Plan Parental como construcción del equipo parental en procesos de Mediación Familiar*, IPSE-ds Vol.7, Pp. 37-50. Pág. 38, Disponible en: http://ipseds.ulpgc.es/IPSE-ds_Vol_7_2014/IPSE-ds%207-3.pdf

los componentes de una familia se caracteriza por una cotidianeidad y cercanía que aportan intensidad a los conflictos familiares, que implican una dinámica diferente tanto en la aparición como en la propia solución al mismo. Por otro lado, el motivo que origina el conflicto no suele ser su verdadera causa, pero puede dar pie a situaciones verdaderamente dramáticas. Se produce en estas situaciones una discrepancia entre la realidad y lo que las partes perciben como real; de una misma realidad se realizan diversas interpretaciones derivadas de las creencias, sus experiencias pasadas, los valores...

2. Conyugalidad y parentalidad

Atrás queda el modelo tradicional de familia en el que matrimonio y paternidad iban indefectiblemente de la mano. Ya hemos analizado de manera profunda que, en absoluto, son dos conceptos inescindibles y que, de hecho, se presentan cada vez más a menudo de manera separada. Sin embargo, aunque la diferencia que existe entre ambos conceptos parece clara, en los procesos de crisis familiar se entremezclan y diluyen hasta llegar al punto de ser complicados de distinguir. Conyugalidad y parentalidad se influyen mutuamente y sin embargo son independientes entre sí y, por lo que “en el proceso de separación es imprescindible tener en cuenta estas dos variables, ya que una de ellas tiene vinculación directa con la implicación de los menores en el conflicto familiar y con la capacidad de los padres para gestionarlo”⁴. Cuando los cónyuges cuentan con una capacidad de resolver razonablemente los conflictos, la conyugalidad será armoniosa, incluso aun tomando la decisión de separarse.

Este concepto de conyugalidad encuentra su fundamento en una “reciprocidad cognitiva, emocional y pragmática, mediante la cual ambos miembros negocian un acuerdo que implica un pensar amoroso (reconocimiento y valoración), un sentir amoroso (ternura y cariño) y un hacer amoroso (deseo y sexo, principalmente). Todo ello exige el intercambio, es decir, un ejercicio de dar y recibir de forma equilibrada, con un importante componente igualitario”⁵

4 BRIZ CLARIGET, María José, 2018, “Mediación y Síndrome de Alienación Parental”, [en línea], *Revista de Mediación*, 11, 2º E.8, pág. 3, Disponible en: <https://revistade-mediacion.com/wp-content/uploads/2018/07/Revista22-e4.pdf>

5 VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de coordinación...*, op.cit., pp. 34-35.

La dimensión parental se apoya en una relación desigual respecto de los hijos. No cabe duda de que los padres reciben mucho de los hijos, pero la naturaleza de esta relación no se basa en la reciprocidad, como ocurre con la conyugalidad, sino que es lineal. Ambas se influyen mutuamente, de modo que la conyugalidad puede verse restaurada o dañada por la paternidad y viceversa.

Pueden darse diferentes situaciones en el seno de una familia con respecto a estas dos realidades, pues ambas son independientes y aceptan entre sí todo tipo de combinaciones. En primer lugar, que ambas facetas funcionen correctamente, con unos progenitores capaces de resolver sus problemas, tanto de pareja como los relativos a la crianza de sus hijos.

Podemos encontrarnos con familias trianguladoras, que son aquellas “en las que se combina una conyugalidad disarmónica con una parentalidad primariamente conservada”⁶. Se produce la llamada deprivación cuando los padres gestionan correctamente su vida conyugal y, sin embargo, son incapaces de ejercer las funciones parentales de una manera correcta. Por último, cuando ambas facetas fallan, la relación familiar se califica como caótica.

Son muchas las investigaciones que recogen el papel fundamental que una relación conyugal tiene en la calidad de vida familiar y cómo el conflicto de la pareja afecta en el modo de gestionar la parentalidad⁷. Para poder entender la conexión entre la relación conyugal y el desarrollo de los hijos hay que considerar las diferentes variables que intervienen en la relación, por lo que cuanto mejor gestione la pareja (conviviente o no conviviente) su relación interna, en menor medida afectará al desarrollo de la personalidad de sus hijos.

Conyugalidad y paternidad son atributos de la pareja, pero también poseen una relevante dimensión individual, y “el peso específico de ésta puede variar según factores culturales”⁸; ambas facetas tienen una estrecha relación con la manera en la que se han vivido en sus respectivas familias de origen.

Los niños son altamente sensibles al conflicto conyugal, incluso son capa-

6 Íbidem.

7 Vid. MOSMANN, Clarisse, WAGNER, Adriana, 2008, “Dimensiones de la conyugalidad y de la parentalidad: un modelo correlacional”, [en línea], *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80212387005>. Los estudios citados en la obra son los siguientes: Buehler y Gerard, 2002; Cowan y Cowan, 2002; Cummings y Davies, 2002; Shek, 2000 y Webster Straton y Hammond, 1999.

8 BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, 2008, *Hijos alienados y padres alienados; Mediación familiar en rupturas conflictivas*, Ed. Reus, Madrid, pág. 25.

ces de diferenciar los diferentes conflictos que están viviendo y si éstos están relacionados con la parentalidad o la conyugalidad; es decir, si el conflicto está directamente relacionado con ellos. Pueden apreciar, incluso, si una persona siente miedo, o si se produce violencia conyugal, tanto física como psicológica.

Por todo ello, es importante la capacidad que los progenitores tengan de resolver el conflicto de manera productiva en todas sus facetas. Considerando que existe una clara evidencia de la influencia mutua entre conyugalidad y parentalidad, las parejas con problemas conyugales deberán recibir ayuda para solventarlos, debiendo ser el foco de las intervenciones el proceso dinámico e interactivo que caracteriza a las relaciones familiares.

Independientemente del tipo de familia ante el que nos encontremos que, como hemos visto, puede ser variado y muy heterogéneo, la crisis de pareja acaba afectando a la institución de la familia, aunque la intención sea tratar de preservar al máximo la idea que los menores (en caso de haberlos) tienen ya configurada de lo que su unidad familiar es. Sin duda alguna los hijos, menores o no, resultan directamente afectados por las crisis de sus padres, tanto si entre ellos existe un vínculo conyugal como si el mismo no existe. Es necesario advertir que la práctica ha demostrado que son las crisis de pareja de los progenitores las que representan mayor conflictividad en el ejercicio de la potestad parental, como se ha puesto de relieve en la Memoria de la Asociación Catalana de la Infancia Maltratada, publicada en el mes de abril de 2016⁹. Según estudios realizados en los años 80 por la psicóloga JUDITH WALLESTREIN¹⁰, con respecto a las consecuencias del divorcio en los menores, llegó a la conclusión de que el conflicto interparental continuado tras la ruptura estaba relacionado con la peor adaptación de los menores a su entorno familiar y educativo.

Por otro lado, las normas sociales de lo que se considera una adecuada relación parental post divorcio no se encuentran establecidas de manera nítida, a pesar de que la situación de crisis de pareja está más que normalizada en nuestra sociedad. El divorcio disuelve el matrimonio (o la pareja), pero NO la

9 Asociación Española por la Infancia Maltratada, 2016, *Memoria de Actuaciones* [en línea], Disponible en: http://www.acim.cat/wp-content/uploads/2016/06/ACIM_Memoria-Actividades-2016.pdf

10 WALLESTREIN, Judith, es autora del libro *El inesperado legado del Divorcio* (2002), donde se analizan las consecuencias del divorcio en los menores analizando los 25 años siguientes en su vida. Una de las conclusiones más visibles es cómo les cambia el concepto del compromiso y del matrimonio en base a sus vivencias.

familia, lo que hace que “los roles de los componentes de la expareja tengan que ser redefinidos en un contexto caracterizado por emociones intensas y contrapuestas”¹¹, que incluyen ira, odio, angustia, miedo, pena...

Por lo que se refiere al proceso en sí de separación y de divorcio, “la trascendencia para los adultos, pero especialmente para los menores, del shock derivado de las rupturas, los traumas psíquicos e incluso físicos (con presencia de enfermedades típicas, procesos depresivos, anorexias, con síntomas de angustia o estrés), va unido a una tipología de problemas que están presentes durante la tramitación del litigio. Los ciudadanos y especialmente los menores no tienen un comportamiento estático, sino dinámico, lo que la demora en la tramitación de los litigios equivale a la denegación práctica del auxilio judicial. La evolución de los procesos psicológicos implica la necesidad de adoptar decisiones, de valorar las causas de lo que ha pasado y de sufrir y asumir pérdidas en el derecho afectivo”¹².

Por tanto, la afectación a los menores dependerá de cómo gestionen los adultos su crisis conyugal, siendo adecuado no trasladarles la conflictividad de la misma. El mismo autor describe esta situación de manera muy gráfica al hablar de una problemática que la mayoría de las veces pasa desapercibida, “la del sufrimiento de las familias atrapadas por una errónea gestión de la ruptura de sus relaciones de pareja. Entre estas personas hay muchos niños y niñas que se ven arrastrados a vivir la angustia de tener que odiar a uno de sus progenitores para rendir tributo de fidelidad al otro. Un nefasto panorama en el momento del despertar de su vida que les va a marcar para siempre. Una pesada carga que arrastrarán toda su existencia y les condicionará negativamente su personalidad y su capacidad para relacionarse en el futuro”¹³.

3. Tipos de conflicto interconyugales

El conflicto en sí comienza en el seno más privado de la pareja o de la familia, pudiendo morir en esta fase si la pareja es capaz de gestionarlo sin necesidad de acudir a terceros. Cuando el acuerdo entre la pareja, sin terceros de por medio, deviene imposible, el conflicto se judicializa, normalmente por

11 YÁRNOZ-YABEN, S., 2010, “*Hacia la Coparentalidad...*”, op.cit., pág. 296.

12 ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, 2012, “El proceso judicial ...” en “*El Derecho de Familia...*”, op.cit., pág. 189.

13 VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de coordinación...*, cit. pos., pág. 56.

una falta de comunicación sana entre la propia pareja. Por ello, es imposible entender el conflicto familiar sin ubicarlo en el contexto legal en el que se representa, “y en el que, en buena medida, cobra sentido”¹⁴, debido a que la realidad legal marca notablemente la realidad familiar, y lo que en un principio surge como diferencias en el modo de compartir los cuidados de los hijos en común, pasa a convertirse en una pugna sobre temas de custodia o de régimen de visitas donde lo que se acaba discutiendo es la propia pertenencia de los hijos.

El proceso legal genera unas posiciones que definen el conflicto legal y que, en numerosas ocasiones, no coinciden con las que había previamente al inicio. Cuando nos enfrentamos a un conflicto familiar, es necesario en primer lugar identificar las posiciones legales, y una vez definidas éstas, trabajar para entender cuáles son las necesidades e intereses reales que subyacen¹⁵. El problema queda auténticamente planteado cuando se ha finalizado este proceso, y preparado para el intento de generar unas nuevas posiciones sobre las que realizar una auténtica negociación.

Las causas que pueden generar un conflicto son innumerables, qué duda cabe; pero de manera esquematizada pueden resumirse en los siguientes:¹⁶

Conflictos estructurales: son los conflictos más comunes, y pueden darse en cualquier momento del procedimiento, tanto al establecer las bases que regirán la convivencia como en el desarrollo de las mismas. Nos referimos a problemas derivados del modo de ejercer la patria potestad o la custodia y todas las cuestiones derivadas de este ejercicio: régimen de visitas, establecimiento de pensiones, atribución y uso del domicilio conyugal, en momentos de readaptación (nuevas parejas o cambios de domicilio), o cuando existen discrepancias la toma de decisiones sobre aspectos de la educación o la salud de los hijos.

14 Vid. BOLAÑOS CARTUJO, I., 2008, *Hijos alienados, padres...*, op. cit., pág. 104.

15 Por ejemplo, y tal y como pone de manifiesto BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, 2003, “Mediación en Contextos Judiciales”, en POYATOS GARCÍA, Ana (coord.), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, [en línea], Publicaciones de la Universidad de Valencia, Nau Llibres, Valencia, pág. 3, “un conflicto legal puede iniciarse cuando uno de los progenitores solicita la custodia (posición legal) porque siente que el otro progenitor apenas le deja participar en la vida de sus hijos (necesidad real)”, Disponible en: http://scholar.google.es/scholar_url?url=https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/mediaci%25C3%25B3nencontextosjudiciales.pdf&hl=es&sa=X&scisig=AAGBfm2nKDcy2FEPca_ZYwpmigrA-9-Vg&nossl=1&oi=scholar.

16 Ibídem.

Conflictos derivados de la ausencia de un progenitor: puede darse la situación de que, tras muchos años de ausencia, el progenitor retome el contacto, para lo cual será necesaria una intervención progresiva que suele tener una duración más larga de lo habitual, y establecer así pautas de acercamiento. Dependerá de la actitud del menor ante esta aparición, pues la reacción podrá ser de rechazo o de curiosidad.

Conflictos de lealtades: cuando los progenitores presionan a los hijos para conseguir su apoyo en ciertas cuestiones en detrimento del otro. Generalmente en estos casos, los hijos suelen rechazar cualquier relación con el progenitor con el que no conviven. Este tipo de conflictos suele manifestarse en rupturas de alta conflictividad y, mayoritariamente, en trámite de ejecución de sentencia. En la mayor parte de procedimientos que se inician por conflictos de lealtades, la posición legal de uno de los progenitores suele ser el cumplimiento del régimen de visitas recogido en el convenio, mientras que la del otro, es solicitar que se suspenda amparándose en el interés del menor. Esta disputa no tiene fácil salida. Unas posiciones de las partes más realistas y flexibles podrían suponer la posibilidad de trabajar conjuntamente para que el hijo disfrute de tiempo con ambos padres, pero garantizando unas condiciones que le eviten tensiones innecesarias.

Conflictos de invalidación: cuando se producen acusaciones de violencia de género o abusos de un progenitor al otro con el objetivo de impedir la relación con los menores. Se dan en estos casos las llamadas interferencias parentales. Cuando esto ocurre, independientemente de la veracidad o falsedad de las acusaciones, iniciar un proceso no es fácil, incluso puede estar contraindicado, siendo preferible y más útil una intervención pericial previa.

4. Aspectos psicológicos del conflicto familiar

Llamamos proceso psico-jurídico de separación o de divorcio “al conjunto de las interacciones entre el procedimiento legal y el psicosocial, quienes, influyéndose mutuamente, transcurren conectados durante un periodo de tiempo limitado, desligándose cuando se ha conseguido definir una nueva realidad legalmente legitimada y psicosocialmente funcional”¹⁷. Durante este

¹⁷ BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, 1998, “Conflicto familiar y ruptura matrimonial. Aspectos psicolegales”, en MARRERO GÓMEZ, Juan Luis, (Comp.) *Psicología Jurídica de la familia*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, Retos jurídicos en las Ciencias Sociales, pág. 7. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/rupturas.pdf>

proceso, los cónyuges deben aprender a manejar los distintos sentimientos que afloran derivados de la ruptura, que van de la ira al rencor, al odio o a la depresión. Se trata de la fase de divorcio psicológico, que irá acompañado más tarde o temprano del divorcio económico y social. En esta fase, el dolor primario de la ruptura puede canalizarse o bien de modo adecuado, o incrementarse peligrosamente hacia el conflicto cronificado.

Debemos matizar que las cuestiones psicosociales o afectivas del conflicto no se resuelven cuando a través de un procedimiento judicial se fijan medidas (definitivas o no) sobre ellas. La sentencia deja a los excónyuges en una situación de ganador-perdedor que en nada contribuye a mitigar la intensidad del conflicto ya existente. Es más, “los procesos emocionales se inician con anterioridad a los trámites legales y finalizan posteriormente, y el juzgado no supone un paréntesis; cuando una pareja sale con una sentencia regulando su separación, los sentimientos ambivalentes y las cogniciones disociativas aún requerirán de un tiempo preciso”¹⁸.

El procedimiento legal en ningún caso sustituye al psicosocial, y existen una serie de referentes jurídicos para hablar de componentes emocionales/afectivos que no son resueltos por el mero hecho de arbitrar medidas más o menos definitivas sobre ellos. Además, en el proceso judicial se entremezclan elementos parentales y conyugales que pertenecen a dimensiones distintas¹⁹.

Es decir, una vez se inicia un procedimiento contencioso, el Juez decidirá objetivamente y teniendo en cuenta el mejor interés del menor sobre cuestiones relativas a patria potestad y guarda y custodia, cuestiones económicas, atribución y uso de la vivienda familiar, dando, por tanto, una respuesta meramente jurídica, pero en ningún caso solucionando sus problemas globales. El conocimiento que el Juez tiene del asunto se limita a las pruebas aportadas por las partes, a sus declaraciones, no atendiendo por falta de medios y tiempo a la esencia de lo que cada familia es.

El desequilibrio familiar comienza incluso antes de tomar la decisión de finalizar la relación, pues pocas parejas toman una decisión tan importante sin haber existido un periodo de desavenencias. La existencia de un conflicto

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Vid. BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, 2000, *Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de separación y divorcio. Diseño y aplicación de un Programa Piloto de Mediación Familiar*, [en línea], Barcelona (Tesis Doctoral), Disponible en: <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/4733/ibc1de2.pdf?sequence=1>

previo facilita el desequilibrio emocional de todos los miembros de la familia, “minimizando su capacidad de desarrollar estrategias cognitivo-conductuales para el afrontamiento de la situación”²⁰. En estos casos, las intervenciones de los profesionales (en esta fase, principalmente son psicólogos o terapeutas), deberán enfocarse a la recuperación del bienestar psicológico de todos los miembros de la familia.

Los conflictos que se producen en el seno de una familia afectan, “como ningún otro conflicto, además de a la identidad de sus miembros, a la familia como sistema interpersonal, económico y social, y de ahí su importancia y complejidad”²¹, y por todo ello cuentan con unas características diferentes a otros conflictos²².

Los procesos de Familia pueden catalogarse como procesos especialísimos, pero no tanto porque la LEC como tal los considere así²³, sino “por las peculiaridades o connotaciones propias y genuinas que les hacen diferentes y radicalmente distintos de todos los demás”²⁴. Y estas peculiaridades de las relaciones familiares determinan que los conflictos que en ellas se producen tengan también sus propias especificidades; el nivel de tensión entre las partes

20 FARIÑA RIVERA, Francisca, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, 2006, “El papel del Psicólogo en casos de separación o divorcio, Psicología Forense”, en J.C. SIERRA, E.M. JIMENEZ y G. BUELA-CASAL, *Manual de técnicas y aplicaciones*, [en línea], pp.246-271, Madrid, Biblioteca Nueva, pág. 4, Disponible en: http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/2006_El_psicologo_en_casos_de_separacixn_y_divorcio_xFarixa_y_Arcex_2006x.pdf

21 GARCÍA VILLANUEVA, Leticia; BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, “Cómo resolver los conflictos familiares”, [en línea], *Guía de la Comunidad de Madrid*, Disponible en: https://eprints.ucm.es/10994/1/Guia_CM_Como_resolver_lso_conflictos_FF.pdf

22 A pesar de sus características, FARIÑA RIVERA, F. y ARCE FERNÁNDEZ, R., 2006, *El papel del psicólogo...*, op. cit, pág.12, defienden que los mismos elementos que se observan en un conflicto internacional pueden verse muy similares en el conflicto familiar; y es que la discrepancia adquiere un valor universal, ya que puede reconocerse en todas las actividades humanas, y en todas las épocas y sociedades.

23 La LEC sitúa al procedimiento de Familia en el Libro IV, dedicado a los procesos especiales, por tener una tramitación y regulación diferente a los procedimientos declarativos generales recogidos en el Libro II (verbal y ordinario).

24 GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, 2019, “El Coordinador de Parentalidad, una figura esperanzadora para la pacificación de conflictos interparentales de alta intensidad”, [en línea], *El Derecho Lefebvre*, Madrid, Disponible en: <https://elderecho.com/el-coordinador-de-parentalidad-una-figura-esperanzadora-para-la-pacificacion-de-conflictos-parentales-de-alta-intensidad>.

inmersas en un conflicto familiar no es estático (igual que los propios ciclos familiares no lo son), sino que varía de manera constante.

El sistema adversarial que todos conocemos “está peculiarmente emparejado a los deseos de los padres que se sienten perseguidos, asediados y profundamente equivocados en la ruptura. El litigio constituye un medio de construir y desarrollar una historia, y de imponérsela a los otros. El propósito de la historia es convencer a los demás y validarse a sí mismo. Las decisiones judiciales pueden ser recibidas en esos casos como forma de absolución pública, una exculpación o simplemente una sentencia de vida”²⁵.

Precisamente por todo ello, y tal y como desarrollaremos en capítulos posteriores, los conflictos familiares deben ser tratados desde el punto de vista de la justicia terapéutica a través de un abordaje sensible al estado psicoemocional en el que se encuentren los progenitores, - estado que no se tiene en cuenta en el proceso judicial al no ser objeto de procedimiento -, para que el proceso sea terapéutico y restaurador, y tenga en la medida de lo posible, menor incidencia negativa en sus vidas. Las intervenciones externas deberán estar siempre enfocadas a devolver el poder decisorio a las partes en detrimento de la intervención de un tercero.

Según un estudio en el que se analizaba el clima familiar en familias con ruptura de pareja y en familias intactas, se observó, entre otros indicadores, que las parejas separadas colaboran mucho menos con el otro progenitor, y que apenas existe trabajo en equipo, a la vez que los menores sienten que reciben menos apoyo de sus padres que en las familias en las que no existe ruptura²⁶. Es decir, no existe un desarrollo de la coparentalidad, sino que se genera una situación que refuerza e intensifica los sentimientos de ira y reproche hacia el otro progenitor al sentir el abandono total de las obligaciones parentales. Estos resultados arrojan la necesidad de implementar programas de intervención para fomentar la coparentalidad, así como de una reeducación de los progenitores a desarrollar en el nuevo modelo de familia que surge.

En el procedimiento contencioso, se entremezclan sentimientos de ira, hostilidad y vergüenza al verse las partes expuestas ante terceros, a través de testigos, de pruebas o de las comparecencias de los abogados, que van a acceder a toda la información relativa a su vida privada. Esta vía judicial “pro-

25 BOLAÑOS CARTUJO, I., 1998, *Conflicto familiar y ruptura...*, op. cit., pág. 10.

26 Estudio realizado por International Parenting Survey- España con 80 parejas con al menos un hijo, tanto separadas como en convivencia y citado por FARIÑA, F. et al, 2017, citado en *Clima familiar y coparentalidad...*, op. cit., pág. 1.

mueve la tendencia de las personas a atribuir el buen comportamiento de los demás a factores externos y el mal comportamiento a factores internos, así como a maximizar el comportamiento negativo de los demás y a minimizar el positivo”²⁷, por lo que podemos afirmar que los procedimientos judiciales contribuyen a potenciar una imagen negativa de la parte contraria. Cuando los progenitores inician el procedimiento contencioso, no son conscientes de lo que esta situación implica, siendo posteriormente, en una situación más calmada y consciente, cuando miden las consecuencias de dicha exposición, momento en el que deciden acordar las medidas que regularán su vida separada.

4.1. Incidencia emocional y psicológica en la pareja derivada de la ruptura

La crisis personal que una ruptura provoca en los miembros de la pareja es una de las experiencias más intensas que pueden vivirse, por todos los cambios que implica. La mera desadaptación a la rutina genera inquietud, desazón e incertidumbre, incluso a pesar de ser conscientes de que la decisión tomada es la correcta.

La manera de afrontar una separación dependerá de las habilidades y capacidades de cada uno para afrontar sus problemas personales, y del papel que hayan adoptado en la ruptura. El que decide separarse suele experimentar sentimientos de culpa y vergüenza, especialmente si hay hijos comunes, así como estrés y ansiedad por afrontar cómo comunicar una decisión firme. Por otro lado, la persona que no toma la decisión se siente rechazada, traicionada, abandonada y devastada; si la ruptura se ha producido por la existencia de una tercera persona, suele sentir confusión emocional; el estrés es más intenso y más difícil de superar. Muy a menudo suele haber una parte de la pareja que no entiende el porqué de la ruptura y pretende mantener el vínculo, aunque solamente sea a través del conflicto continuo. El periodo inmediato a la separación suele traducirse en un deterioro en la práctica de

²⁷ Vid. FARIÑA RIVERA, Francisca. ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, SEIJO MARTÍNEZ, Dolores, y NOVO PÉREZ, Mercedes, 2013, “El hijo como víctima de los problemas de pareja: Un abordaje desde la justicia terapéutica”, [en línea], en S. P. COLÍN, E. GARCÍA-LÓPEZ, Y L. A. MORALES (Coords.), *Ecos de la violencia, voces de la reconstrucción*, pp.49-72, Morelia, Michoacán, México, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Morelia, Disponible en: http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/El_hijo_como_vxctima_ruptura_desde_la_TJ.pdf,

la crianza de los hijos; mayor irritabilidad, coerción en la educación, menor muestra de afecto...

Podemos diferenciar varios tipos de consecuencias, algunas de las cuales se dan exclusivamente en caso de encontrarnos ante un procedimiento contencioso. Por una parte, existen las consecuencias psicoemocionales, ligadas a un evento vital tan importante como es el divorcio o la separación, que conllevan estrés, ansiedad, depresión y pérdida de autoestima. Por otro lado, es necesario adaptarse a la nueva realidad socioeconómica, lo que normalmente supone una pérdida de nivel adquisitivo en relación a la situación de la pareja. Las consecuencias para el padre custodio y no custodio son diferentes; el primero de ellos siente que realiza todo el trabajo relativo a los menores, que conlleva agotamiento físico y psicológico, mientras que el segundo de ellos suele sentir que se le excluye de la crianza de sus hijos, quedando relegado a un status meramente periférico. En Psicología se habla del síndrome del padre destruido, existiendo incluso un término para esta situación; *padrec-tomía*²⁸. Se produce en estos casos un alejamiento forzado, se extirpa el rol paterno y se pierden derechos con respecto de los hijos.

En realidad, nos encontramos ante un círculo vicioso, pues esta situación obliga a los progenitores a cambiar radicalmente su modo de vida, debiendo en algunos casos reincorporarse (o incorporarse por vez primera), al mercado laboral, teniendo por tanto menos tiempo que dedicar a los hijos. Según varios estudios²⁹, se producen graves trastornos de salud en aquellos procedimientos contenciosos con alto grado de conflictividad, que conllevan un deterioro del sistema inmunológico en los dos años posteriores a la ruptura, por lo que incluso, en determinadas situaciones, se puede llegar a asociar divorcio contencioso y fallecimiento.

En resumen, la ruptura de pareja conlleva una serie de consecuencias psicoemocionales para todos los afectados por la misma que deben ser analizadas:

(i) La ruptura afecta de manera distinta a cada persona, no pudiendo generalizarse para todos los casos. Generalmente, produce ansiedad, estrés y

28 FARIÑA RIVERA, F. et al, 2006, *El papel del psicólogo...*, op. cit, pág. 5. Este término se utiliza de manera frecuente en países latinoamericanos.

29 Véase FARIÑA RIVERA, Francisca; ARCE FERNÁNDEZ, Ramón; NOVO PÉREZ, Mercedes; SEJO MARTÍNEZ, Dolores, 2008, "Justicia Terapéutica en Procesos de Ruptura de Pareja; el papel del psicólogo", en *El Manual Moderno*, pág. 113, Disponible en:

http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/La_justicia_terapxutica_en_procesos_de_ruptura_de_pareja.pdf

depresión que precisan de atención psicológica. Estas pueden extrapolarse tanto a los progenitores como a los hijos que sufren la crisis matrimonial. Se suele dar desobediencia a padres y profesores y pérdida de rendimiento laboral. El conflicto, además, afecta de manera negativa a la evolución académica del menor y en el modo de relacionarse con sus amigos y compañeros de centro escolar.

(ii) Baja responsabilidad o de logros, falta de autorregulación.

(iii) Cambios en la situación económica con disminución de ingresos y aumento de gastos, en detrimento de las posibilidades educativas de los hijos. La economía se divide en dos y aumentan los gastos, especialmente los relativos a adquisición de vivienda y pago de suministros.

(iv) En la custodia exclusiva de uno de los progenitores, se produce un aumento de las responsabilidades del progenitor custodio, un sobreesfuerzo que suele ser reprochado y conlleva fuertes tensiones. En muchas ocasiones, a los padres separados les resulta complicado prestar la atención y el apoyo que sus hijos necesitan, y el hecho de disponer de apoyo familiar y social, y un status económico alto, puede incidir positivamente en la calidad de las prácticas de crianza de los menores.

Uno de los efectos más importantes y, sin embargo, menos estudiados es el que se refiere a la salud física de las personas que deciden divorciarse, y no tanto a la salud psicológica, de la que existen innumerables estudios, siendo más que significativas las consecuencias que tienen. Esta fase que denominamos post-divorcio, unido al cambio de estado civil, “puede significar la entrada en grupos de riesgo donde existe mayor probabilidad de contraer enfermedades y una tasa de mortalidad superior”³⁰. Las personas casadas se relacionan con tasas de mortalidad más bajas que las no casadas, que también presentan mayores índices de ansiedad y depresión causados por la soledad y el aislamiento social que se produce en la fase del post-divorcio, con especial incidencia en los niveles de mortalidad asociada a enfermedades cardiovasculares o aumento de suicidios. En mujeres, se ha observado una elevada probabilidad de desarrollar enfermedades autoinmunes, así como un mayor riesgo de contraer enfermedades cardiovasculares en la edad adulta³¹.

30 RUIZ BECERRIL, Diego, 1999, *Después del divorcio; Los efectos de la ruptura matrimonial en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Madrid, pág. 89.

31 MARTINÓN SÁNCHEZ, José María, FARIÑA RIVERA, Francisca, CORRÁS VÁZQUEZ, Tania, SEIJO MARTÍNEZ, Dolores, NOVO PÉREZ, Mercedes, SOUTO, Antonio, 2017, “Impacto de la ruptura de los progenitores en el estado de salud física de los

La psicología describe tres fases principales observadas en un proceso de divorcio³². En todas ellas, es necesario tener en cuenta las tareas de readaptación que permiten hacer frente a todos los cambios a los que se enfrentan:

- Fase predivorcio: se produce un divorcio emocional, entendido como un deterioro de la relación de pareja y aumento de la tensión, con sentimientos de frustración por no haber logrado alcanzar el ideal de familia que se tenía, así como inseguridad, insatisfacción, alienación. En esta fase se va dando un distanciamiento emocional entre la pareja, que puede ser compartido con familiares o amigos. Se deben enumerar los efectos de la ruptura y concebirse como un periodo de recomposición de la identidad, de adaptación al nuevo de estilo de vida, y también de apoyo a los hijos para que acepten la nueva situación familiar. En esta fase resulta fácil caer en la desilusión y el desaliento. Las actitudes suelen ser: abandono físico y emocional, evitación, riñas, intentos de reconciliación, búsqueda de consejo en el entorno social, intento de apariencia de que todo va bien, confrontaciones³³.

- Fase divorcio: en esta etapa nos encontramos con varias dimensiones diferentes, a las que podemos referirnos de manera gráfica y quizás un tanto reduccionista a tres tipos de divorcios; el psíquico, el económico y el social.

Dimensión legal: se legitima la separación y se regulan los efectos que va a acarrear. En esta etapa se mezclan sentimientos de ira, de frustración, tristeza..., y se toman asimismo decisiones acerca de la custodia de los hijos comunes. Esta etapa debería ser fácil si la pareja procura no castigarse o vengarse y si ha elaborado su separación emocional. En esta fase, o incluso en la anterior, se solicita asesoramiento jurídico, el cual sin duda será clave en la posterior actitud ante el divorcio³⁴.

Dimensión social: debe lograrse que el separado se sienta cómodo en su nuevo status social. Se incluye la gestión de la información que se da a familiares y amigos, puesto que las relaciones deben ser redefinidas a partir del momento de la ruptura.

hijos", *European Journal of Education and Psychology*, (pp. 9-14), Vol. 10., pág. 10. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1888899216300204>

32 Vid. VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2108, *Manual de coordinación...* op. cit., pág.39.

33 BOLAÑOS CARTUJO, I., 1998, *Conflicto familiar y ruptura...*, op. cit., pág. 2.

34 Sin duda, la información que el abogado facilite a las partes en esta fase es un factor clave; si su actitud es conciliadora, pacificadora, podrá conducir a las partes hacia un acuerdo satisfactorio. Sin embargo, si desde el primer momento se muestra combativo, dejándose llevar por los fuertes sentimientos que en ese momento los clientes manifestarán, el proceso judicial podrá transformarse en una peligrosa contienda.

Existe otra dimensión denominada “dimensión de dependencia”, quizás una de las más complicadas de tratar, pues implica resolver las dependencias establecidas con el ex-cónyuge creadas en la pareja, a nivel psicológico, emocional, económico, físico...

Dimensión económica: supone el reparto de las propiedades y bienes comunes y el establecimiento de pensiones (de alimentos y compensatoria, en caso de existir). Se busca salvaguardar la subsistencia económica tanto de los miembros de la pareja como de los hijos. Los sentimientos más comunes en esta fase son la soledad, venganza, confusión, furia, pero también alivio.

- Fase post-divorcio: Fase de reequilibrio, denominada *divorcio psíquico*, momento en el que la persona, tras un periodo de búsqueda y exploración, recupera la autoestima, la confianza y la autonomía. Es un periodo de recomposición de la identidad y adaptación al nuevo estilo de vida.

4.2. Incidencia emocional de las crisis familiares en los menores de edad

Es necesario centrarnos, más allá de la repercusión que la crisis de pareja puede tener en la institución de la familia como tal, en el impacto que ésta acaba teniendo sobre los hijos, porque, aunque las partes intenten normalizar la situación, los mayores perjudicados por la crisis de pareja son los menores que hasta ese momento convivían en el núcleo familiar. La separación constituye una “crisis de transición cuyo resultado suele definir una realidad familiar probablemente más compleja, aunque no por ello necesariamente más perjudicial”³⁵. Lógicamente, una ruptura de pareja afecta y genera dolor a los miembros de una familia, de manera especial a los hijos, pero no hay que ver solamente los efectos negativos de la ruptura, para lo cual se requiere un trabajo y esfuerzo elevado de los progenitores para poder afrontar los cambios de su vida separada, lo cual “requiere un aislamiento suficiente del conflicto conyugal que permita garantizar la continuidad de las funciones parentales y evitar que los hijos queden atrapados en el interior de las desavenencias, al mismo tiempo que éstas se van resolviendo”³⁶.

35 Según BOLAÑOS CARTUJO, I., 1998, *Conflicto familiar y ruptura...*, op. cit., pág. 1, determinadas dosis de conflicto pueden considerarse incluso necesarias “para dar un paso que, en función de los casos, puede hacer las veces de motor o de freno del proceso”.

36 Ídem.

Para los niños, resulta complicado adaptarse a la separación, especialmente amoldarse al régimen de visitas estipulado, entremezclándose sentimientos de confusión y de rabia al sentirse “abandonado” por el progenitor que deja la vivienda³⁷. Por ello, resulta injusto pedirle a un hijo que asimile la separación en un tiempo breve, cuando los adultos pueden necesitar años para asimilarla totalmente; más aún, cuando la adaptación de los menores a la nueva situación depende de manera directa de la gestión que los adultos realicen de la misma.

Existe una gran variabilidad sobre cómo niños y adolescentes afrontan la ruptura de sus padres. La primera reacción de un menor, en general, es la de no entender ni querer aceptar la separación de sus padres, prefiriendo incluso que continúen juntos a pesar de sus desavenencias constantes y de vivir en un ambiente familiar nocivo. El niño no comprende términos como patria potestad o custodia, pero sí de desafectos o afectos por parte de sus padres, y les genera angustia pensar que pueden perder a uno de sus progenitores. También es diferente el modo de afrontar el hecho de que alguno de sus padres inicie una nueva relación, significando en muchas ocasiones un nuevo episodio estresante. Lo habitual es que el padrastro o la madrastra encuentre en los hijos de la pareja un rechazo inicial, pues experimentan una sensación de deslealtad hacia su otro progenitor.

Como hemos indicado anteriormente, el desajuste emocional y personal provocado en los menores no deriva de la ruptura en sí, sino del funcionamiento que tendrá la familia a partir de ese momento y del modo en el que el conflicto se gestione. De hecho, los hijos que viven en el núcleo de familias intactas con alta conflictividad y hostilidad contante en la pareja presentan problemas y trastornos muy similares a los observados en familias de progenitores separados, manifestándose principalmente en un bajo rendimiento escolar y en trastornos de conducta. No podemos olvidar que, en ocasiones, la ruptura conyugal acaba convirtiéndose en la mejor oportunidad para mejorar el bienestar familiar. Incluso con el paso del tiempo, los menores agradecen la toma de tal decisión a sus padres. Por tanto, más allá de tratar la cuestión de las consecuencias que la separación en sí implica en los menores, deberíamos hablar de cómo les afecta una mala gestión del conflicto por parte de los progenitores.

Del mismo modo que la separación produce efectos en la salud de los progenitores, tiene también una importante incidencia directa en niños y adoles-

37 Ibídem, pág.6.

centes, especialmente en los casos en los que existe un elevado grado de estrés tóxico familiar, que se define como “una excesiva y prolongada activación del sistema de respuesta psicofisiológico en ausencia de factores de protección”³⁸, llegándose incluso a conceptualizar el divorcio como un problema de salud pública, al suponer un notable factor de riesgo para los hijos. En adolescentes, se produce una “mayor sintomatología de tipo somático funcional, aunque mediada por la presencia de sintomatología ansiosa o depresiva”³⁹, lo que da lugar a migrañas, dolores de espalda, trastornos metabólicos...

Los efectos negativos de una ruptura se agravan cuando la hostilidad entre los progenitores se proyecta estando los menores presentes, pues supone exponerlos a escenarios de violencia familiar. En muchas ocasiones, los menores deben asumir roles que no les corresponden con la edad, como el de figura protectora de un progenitor maltratado, física o verbalmente. Tras un estudio realizado en Carolina (EE.UU), donde participaron varias familias separadas, concluyeron que cuando la alianza parental se debilita, los modelos de comportamiento de los menores se diluyen. Si los padres se enfrentan directamente delante de ellos, y muestran desprecio recíproco, la atmósfera de respeto que forma la base de la autoridad conjunta y su efectiva coparentalidad se debilitan seriamente⁴⁰.

Con respecto al momento evolutivo de los menores en relación a la ruptura, se considera que variará en función de las edades de los mismos en el momento de la crisis familiar, por lo que podemos establecer los siguientes parámetros⁴¹:

- Que los menores de 2 años no entienden lo que ocurre, y responden sólo a emociones.
- De 4 a 5 años: comprenden de modo básico los argumentos, de sus padres.
- De 6 a 8: se inmiscuyen en las discusiones, actúan como mensajeros, no distinguen la violencia verbal de la física
- De 9 a 12 años: entienden perfectamente el conflicto e investigan sobre el mismo para extraer sus conclusiones.

³⁸ Vid. MARTINÓN SÁNCHEZ, J.M et al, 2017, *Impacto de la ruptura de los progenitores...*, op. cit., pág. 11.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ SCHEPARD, Andrew, 2004, *Childrens, Court and Custody; Interdisciplinary Models for divorced families*, Cambridge University Press, pág. 32.

⁴¹ VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, *Manual de coordinación...*, op. cit., pág. 40.

- Adolescencia: las reacciones de esta franja de edad son impredecibles del todo. Los autores hablan de que es posible que la separación de los padres suponga una segunda oportunidad para crear una nueva relación; sin embargo, otros esperan a la edad adulta o no lo harán nunca.

Los sentimientos más comunes de los niños ante la ruptura de sus padres, especialmente en fase post-divorcio pueden ser clasificados del siguiente modo:

(i) Sentimientos de culpa: los niños creen que sus padres se divorcian por su culpa, lo que les genera sentimientos de ansiedad.

(ii) Sentimientos de tristeza: ante la noticia de la separación, este es el sentimiento más común, pero puede manifestarse de distintos modos; mostrándose abstraídos, con conductas agresivas, con síntomas de hiperactividad, que “no hacen sino enmascarar sintomatología afectiva”⁴².

(iii) Sentimientos de abandono y rechazo: a determinadas edades, sobre todo las más tempranas, entienden que como uno de sus padres ya no quiere jugar con él o pasar tiempo, les ha abandonado. Esto repercute asimismo en la percepción de seguridad que tiene el menor.

(iv) Sentimientos de frustración: éstos se deben principalmente al hecho de no poder tener a su familia unida.

(v) Sentimientos de impotencia: se deben al hecho de tener que enfrentarse a una situación que no se esperaban y que les supone cambios en su rutina diaria: cambios de colegios, de amistades, de vivienda...

(vi) Enfado: se muestran más desobedientes, tanto con sus padres como con otros familiares cercanos y profesores. El conflicto además afecta de manera negativa a su evolución académica y en el modo de relacionarse con sus amigos y compañeros de centro escolar.

Los efectos emocionales de la separación o divorcio de los padres en sus hijos dependen de distintos factores, como son “la personalidad del niño, el tipo de apego establecido con cada uno de los progenitores y, especialmente relevante, la edad en tanto en cuanto factor evolutivo”⁴³. Cada niño utilizará una estrategia distinta ante el conflicto, que podrá pasar por intentar manipular a sus progenitores, buscar el equilibrio entre ambos, y fusionarse con el

⁴² *Ibidem*, pág. 51.

⁴³ Véase PINILLOS DOLADER, Carmen, FERNÁNDEZ VERGARA, S., 2010, “La instrumentalización del menor en los conflictos de pareja”, *Congreso Estatal de la Infancia Maltratada*, Sevilla. Disponible en: http://www.congresofapmi.es/imagenes/auxiliar/Actas_CM_45_instrumentaliz_CPinillos.pdf

progenitor con el que conviven constantemente, o aquellos que no reaccionan ante el conflicto y sufren emocionalmente. Los estudios muestran que “el reajuste al divorcio se logra, para una gran parte de los adultos y de sus hijos/as, transcurridos una media de dos años tras el divorcio”⁴⁴.

Existe un aumento del estrés para todos los miembros de la familia con resultados especialmente dañinos para los menores; éstos muestran una mayor vulnerabilidad a sufrir problemas, de carácter psicológico, emocional y social, debidos todos ellos al estrés tóxico al que son expuestos y que surge de una mala gestión del conflicto por parte de los progenitores⁴⁵. Las madres separadas con tendencia depresiva cuentan con una menor capacidad de resolver los conflictos surgidos con sus hijos, con los que se producen mayores choques debido al uso de prácticas coercitivas. Incluso existen estudios que acreditan los niveles de estrés en hijos de padres separados incide en su esperanza de vida.

Las interferencias parentales inciden negativamente en el bienestar psicológico tanto de los progenitores como de los hijos. La ruptura de los progenitores “normalmente despierta en los hijos diversas emociones que se manifiestan en actitudes que adoptan para afrontar la situación que están viviendo. Es habitual que, ante el miedo a ser abandonados, pongan a prueba la capacidad de resistencia de la relación que les une a sus progenitores. También es frecuente que demuestren más cariño al padre que según su criterio resulta más afectado por la separación y que, en consecuencia, no le cuenten lo a gusto que se encuentran con el otro”⁴⁶. Se producen en los hijos una serie de conflictos de fidelidad con respecto a uno de los progenitores, que les hacen avergonzarse de sentirse felices con aquel progenitor que consideran “menos perjudicado”.

44 ESPINAR FELLMAN, Isabel, 2009, “Las rupturas familiares en la salud mental de los y las adolescentes”, [en línea], *Revista Estudios de Juventud*, nº 84, Universidad Pontificia de Comillas,

Disponible en: www.injuve.es/sites/default/files/RJ84-04.pdf

45 FARIÑA RIVERA, F. et al, 2017, *Clima familiar y coparentalidad...*, op. cit., pág. 2. Los autores hablan en casos de estrés avanzado de consecuencias trágicas en los menores relacionados tanto con su salud mental como física: enfermedades crónicas, desarrollo de asma, cáncer, intentos de suicidio...

46 GARCÍA PRESAS, Inmaculada, 2015, *Guarda y Custodia de los Hijos*, Madrid, Ed. Juruá, pág.32.

Los expertos aseguran que pueden producirse asimismo diferentes trastornos, especialmente en los meses posteriores a la ruptura⁴⁷:

Trastornos del sueño debido al estrés emocional que supone la vivencia de tales situaciones, especialmente si estas situaciones conflictivas se encuentran cronificadas. Hay que poner especial atención, precisamente para evitar dicha cronificación, cuando los trastornos del sueño se producen durante más de un mes. El menor inventa excusas para retrasar el momento de ir a la cama; así, consigue atención de la gente que le rodea y tiene sensación de control de la situación.

La baja supervisión del rendimiento escolar, no tener tiempo para ayudar a los hijos con las tareas escolares y la inconsistencia en la crianza supone mayor absentismo escolar y bajo rendimiento escolar.

Debilitación en sus destrezas cognitivas y sociales.

Trastornos de conducta alimentaria (anorexia, bulimia).

Conductas agresivas tanto físicas como verbales, tanto con él mismo como con los demás, las cuales se generan por una situación de angustia y de tensión que no encuentra otra vía de escape. Se producen, asimismo, conductas de auto agresividad.

Dependencia emocional de uno de los progenitores, lo que puede traducirse en desarraigo o rechazo con el otro.

Percepción de un menor apoyo recibido de los progenitores, que al estar enfocados en discusiones constantes pueden olvidar el lugar que ocupan sus hijos en la ruptura.

También puede darse en ocasiones y debido a los mensajes que los progenitores transmiten a través de sus hijos, la utilización de un lenguaje excesivamente adulto.

Problemas de sueño/alimentación.

Las rupturas se producen muchas veces por desavenencias continuas en el modo de educar y criar a los hijos. Por esta razón, los menores pueden llegar a sentirse culpables de la ruptura de sus padres, por lo que el trabajo conjunto es fundamental para evitar este sentimiento y ser capaces de hacerle entender que los conflictos derivados de una crisis matrimonial nada tienen que ver con la maternidad o la paternidad. Cuando los problemas de pareja derivan de las discrepancias en la crianza, las niñas tienen a autoinculparse, mientras que los niños prefieren no involucrarse.

⁴⁷ PINILLOS DOLADER, C, y FERNÁNDEZ VERGARA, S, 2010, *La instrumentalización de los conflictos...*, op. cit., pp. 10 y 11.

Por otro lado, los estudios indican que los conflictos graves entre progenitores – disputas verbales o físicas y verbales, litigios persistentes o alejamiento de uno de los progenitores- ponen a los menores en riesgo y destruyen los beneficios que las relaciones parentales positivas pueden aportarles⁴⁸. Las situaciones de violencia (verbal o física) repercuten de manera negativa en el desarrollo emocional, social y psicológico de los menores, dejando incluso secuelas que se manifiestan a medio y largo plazo. Por ejemplo, autoinculpándose de los problemas de sus padres, con problemas de autoestima y confianza y con una muy baja capacidad para aplicar soluciones negociadas de los problemas.

Los hijos de padres divorciados o separados, como grupo, presentan más problemas de conducta y personales que aquellos que viven en lo que se denomina “hogares intactos”⁴⁹. Y en muchas ocasiones, los hijos adolescentes deben asumir más tareas y responsabilidades que en los hogares de padres que continúan unidos. Los adolescentes varones presentan más problemas de adaptación que las mujeres, traducidos en actos delictivos o problemas de drogadicción, independientemente de su status socioeconómico. La adaptación de las niñas a la nueva situación es más rápida, y sus problemas menos visibles⁵⁰.

El modo de gestionar la ruptura de pareja y el tipo de relaciones que los miembros de la familia hasta la fecha unida mantienen tras la separación son la piedra angular determinante del bienestar de los menores. Si se realiza de manera racional, pensando en los hijos, garantizándoles el derecho a seguir manteniendo una relación sana y satisfactoria con ambos progenitores, la separación no deja tanta afección. Lo contrario pone en riesgo la salud física y psíquica de los hijos comunes⁵¹. En términos generales, “los niños capaces

48 ASEMIP, “Programa de Coordinador de Parentalidad”, [en línea], *IV Congreso organizado por ASEMIP*, celebrado el 28 de septiembre de 2018, Disponible en: https://static.miweb.padigital.es/var/m_b/bf/bf2/56088/951400-Coordinación_Parental1.pdf

49 El ámbito de la psicología utiliza este término, en mi opinión un tanto desacertado por el matiz negativo que implica para los hogares de padres separados, para referirse a aquellos hogares donde los menores conviven con ambos progenitores.

50 CANTÓN DUARTE, José, CORTÉS ARBOLEDA, María del Rosario, JUSTICIA PAZ, María Dolores, 2002, “Las consecuencias del divorcio en los hijos”, [en línea], *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Granada, VOL 2, nº 3, pp.47-66.

Disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art16.pdf>

51 La Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Interferencias Parentales (ASEMIP) ha publicado un decálogo sobre parentalidad positiva:

de reconstruir los sucesos estresantes incontrolables del divorcio de forma positiva (minimizar el impacto, centrarse en lo positivo, reafirmación cognitiva,) se adaptan mejor”, mientras que los que optan por el afrontamiento de evitación “presentan niveles superiores de depresión, ansiedad y problemas de conducta”⁵².

Se considera que el conflicto familiar, por sus características especiales y sobre todo cuando afecta a hijos menores, se aborda más convenientemente desde metodologías autocompositivas que por vía del proceso judicial contencioso⁵³, es decir, recurriendo a métodos de resolución de conflictos alternativos como la mediación extrajudicial o intrajudicial, la derivación a terapia familiar o utilizando nuevas figuras como el Coordinador de Parentalidad,

“1) La ruptura de pareja nunca debe implicar la destrucción de la familia, la familia persiste tras la separación.

2) El interés superior de los hijos y su bienestar debe prevalecer siempre frente a cualquier interés particular de sus progenitores.

3) Se separan los padres, no los hijos, por eso los hijos deben poder relacionarse normalmente con ambos progenitores, así como con el resto de sus familiares.

4) Los progenitores, aunque ya no sean pareja, siguen siendo padres. Por lo que deben aceptarse y respetarse como tales y buscar juntos las mejores soluciones en interés de los hijos.

5) Los progenitores han de velar en no interferir en las opiniones de los hijos frente al otro progenitor, fomentando un desarrollo emocional pleno y evitando las dependencias afectivas insanas.

6) Ante un conflicto, buscar la ayuda de profesionales especializados para encontrar la mejor respuesta a la situación, ya que el conflicto con los padres perjudica el desarrollo de los hijos y su salud psicológica.

7) Los hijos tienen derecho a ser escuchados, pero no obligados a tomar partido o a elegir.

8) La opinión de los menores debe estar construida conforme a su edad y experiencia, libre de presiones y manipulaciones de sus progenitores (así como de las personas allegadas).

9) Los familiares y personas cercanas deben colaborar para favorecer el buen clima en la relación de los hijos con ambos progenitores.

10) Los tribunales, cuando un menor rechace cualquiera de sus progenitores, deberán valorar si eso se debe a una causa justificada o a una interferencia parental.”

52 CANTÓN DUARTE, J. et al, 2002, *Las consecuencias del divorcio...*, op. cit., pág. 49.

53 UTRERA GUTIERREZ, José Luis, 2017, *Ponencia 1ª del Encuentro con Abogacía especializada en Derecho de Familia y Gabinetes Técnicos de psicología jurídica del menor y forense*, [en línea], Disponible en: <http://docplayer.es/78668483-Conclusiones-definitivas.html>

principalmente (aunque no exclusivamente) en fase de ejecución de sentencia, sin dejar a un lado en ninguna de las opciones elegidas la utilización de técnicas mediadoras.

La competencia fundamental que las familias deben desarrollar es lograr generar un ambiente de baja exposición al conflicto cuando éste es destructivo, ya que las investigaciones advierten que el conflicto destructivo en el desarrollo de los niños acaba influyendo en un crecimiento psicológico sano, aunque con efectos reversibles. El conflicto parental modifica cualitativa y cuantitativamente la interacción entre progenitores e hijos, por lo que los profesionales que intervienen en el proceso de ruptura, tanto emocional como legal, tienen la obligación “moral” de hacerles ver que su decisión no solamente afectará a la pareja. Los menores se encuentran “expuestos a conflictos diarios, pero normalmente la mayoría de ellos no desarrollan desajustes clínicos”⁵⁴.

Los estudios se basan en medias y modelos, pero en ningún caso implican la generalidad de las situaciones, por lo que habrá casos en los que los menores no sufran consecuencias psicológicas más allá de los cambios de rutina acarreados de la separación física, o una desestabilización temporal, pues “ser hijo de padres divorciados no presupone indefectiblemente ser una persona sin posibilidad de futuro normalizado”⁵⁵. La separación o el divorcio no son un factor determinante para el desarrollo de la vulnerabilidad o de la existencia de desequilibrios emocionales o psicológicos en el menor. Nada de todo lo expuesto debe ocurrir si los progenitores se muestran equilibrados y responsables en su papel de padres.

La cooperación, el mutuo acuerdo y la no confrontación tras la ruptura genera efectos positivos en todos los miembros de la familia; pero, sin embargo, las estadísticas afirman que solamente el 25 % consiguen alcanzar esta situación. Por el contrario, una situación familiar conflictiva es más patógena para los menores que un divorcio. La vivencia en un matrimonio disfuncional origina niveles de estrés significativo, lo cual conlleva a los miembros de la pareja depresión y ansiedad. El “*divorcio emocional*”, que va unido a un proceso de duelo que cada miembro de la pareja puede pasar en fases diferentes, engendra muchísimas tensiones, por ello cuando éste se ha alargado

54 ARRANZ FREIJO, Enrique, 2016, “Los efectos negativos de un conflicto familiar destructivo en los hijos son reversibles”, [en línea], *Uda Ikastoak*, Disponible en: <https://www.uik.eus/es/node/830/pdf>,

55 FARIÑA RIVERA, F., ARCE FERNÁNDEZ, R., *El papel del psicólogo...*, op. cit., pág. 7.

en el tiempo, muchas veces el denominado “*divorcio legal*” es acogido correctamente por los niños, incluso podríamos decir que es recibido con alivio, independientemente de los problemas posteriores que dicha ruptura pueda acarrear.

Las consecuencias de la ruptura familiar afectan no solamente al núcleo básico (padres e hijos), sino que otros operadores familiares de gran relevancia, como son los abuelos, se ven inmersos en los cambios producidos. En estas relaciones encontramos, en ocasiones, el origen de los conflictos, sin apreciar la importancia que las relaciones nietos-abuelos implica para el crecimiento y desarrollo vital de los menores. El rol del abuelo se traduce en ser un transmisor de valores, de experiencia de vida, colabora y soporta a los hijos en las tareas diarias y puede incluso actuar como mediador en los conflictos paternofiliales.

Su tarea por excelencia hacia sus nietos es la de dar apoyo emocional y cariño, más que imponer disciplina. Por ello, es clave el mantenimiento de los vínculos post-separación para su desarrollo evolutivo, al aportar importantes beneficios, los cuales son reconocidos incluso por la jurisprudencia.

Los problemas asociados a las relaciones nietos-abuelos vienen provocadas por varias causas. En primer lugar, se observan diferencias en las pautas educacionales, que pueden ser incluso percibidas por los progenitores como un intrusismo en el ejercicio de sus funciones parentales. Se dan también discrepancias en cuanto a los valores de socialización, así como a un excesivo peso de la responsabilidad de los abuelos en el cuidado de sus nietos. Esto ocurre cuando ambos progenitores trabajan y delegan sus responsabilidades en sus padres. Otros conflictos se encuentran vinculados a la interrupción de la relación abuelo-nietos, por fallecimiento de uno de los progenitores o por una mala adaptación a la situación tras la separación.

Lo que no podemos dejar de lado es que todos estos conflictos con familiares ajenos a la pareja generan una fuerte inestabilidad en los menores, muy especialmente si los abuelos han participado de modo activo en su crianza y consecuentemente se ha creado un fuerte vínculo, que en edades tempranas incluso llega a ser más intenso que el que se tiene con los propios progenitores.

4.3. Incidencia a nivel económico en la unidad familiar

La capacidad económica de la pareja es una cuestión de vital importancia a tener en cuenta al analizar la ruptura conyugal; de hecho, en ocasiones el

trasfondo de todo conflicto conyugal tiene carácter económico. En la mayoría de los casos, la separación o divorcio supone un importante esfuerzo económico para ambos progenitores, así como un empobrecimiento de ambos al tener que dividir la economía en dos. Pero tal y como ha estado configurado el sistema hasta la fecha, con una importante discriminación hacia el progenitor no custodio, se creaban problemas realmente graves derivados de la imposición de cargas excesivas, que, en un futuro, con mucha probabilidad acabará incumpliendo, llevando a las personas a situaciones límite y a una mala gestión de las relaciones entre los cónyuges. El divorcio o separación suele implicar una disminución del poder adquisitivo y dificultades económicas por la mera circunstancia de que se tienen que repartir los mismos ingresos entre dos hogares.

La formación de dos hogares distintos plantea una dificultad económica principalmente por tres razones: la pérdida de economías de escala, por la división del trabajo basado en el género y por la falta de existencia de consumo conjunto⁵⁶. Y la disminución de los medios económicos conlleva una serie de circunstancias palpables tanto para los progenitores como para los hijos, que dificultan la vida después de la separación; cambio de residencia, incremento de gastos que antes eran asumidos por ambos progenitores... Puede darse además la situación en la que uno de los progenitores se vea obligado a buscar trabajo o a aumentar las horas que realizaba antes para obtener más ingresos, lo cual conlleva además una pérdida de tiempo con sus hijos⁵⁷.

Uno de los puntos que mayores estrés y angustia causa a los progenitores es el relativo al cambio de domicilio, debido al desarraigo producido y al incremento de gastos que el alquiler o compra de una nueva vivienda conlleva. En algunas ocasiones, estos hogares son definitivos, pero la norma general es que sean transitorios, al conocer a una nueva pareja, contraer segundas nup-

56 MACCOBY, Eleanor, MNOOKIN, Robert, 1994, *Dividing the child: social and legal dilemmas of custody*, Cambridge, Harvard University, pág. 21.

57 CANTÓN DUARTE, J. et al, 2002, *Las consecuencias del divorcio...*, op. cit, pág. 51. En el año 1999 se hablaba casi en exclusiva del empobrecimiento femenino, dado que no era tan habitual como en la actualidad la incorporación de la mujer al mercado laboral. En la actualidad, las consecuencias económicas son muy parecidas para ambos sexos, puesto que la mujer cuenta con medios económicos realmente equiparados a los de los hombres. Más que de sexos, es conveniente hablar de progenitor custodio y no custodio, y quién es el obligado al pago de pensiones de alimentos y gastos relativos a la vivienda familiar. Considero que un análisis exhaustivo de las desigualdades salariales y laborales entre hombres y mujeres excedería del tema que nos ocupa, a pesar de su importancia.

cias (o simplemente convivir) e incluso en algunos casos tener más hijos con la nueva pareja, circunstancia que a su vez aumenta los gastos de la unidad familiar.

La merma del poder adquisitivo puede incluso generar exclusión del grupo social, pues la falta de capacidad económica lleva a disminuir actividades como cursos, eventos, cumpleaños, excursiones...

Otro de los puntos que mayores problemas genera en las parejas ya separadas es el pago de las pensiones, tanto alimenticias como compensatorias, aunque éstas últimas cada vez sean menos frecuentes debido a la plena incorporación de la mujer al mercado laboral y al reparto equitativo de tareas entre ambos progenitores. El progenitor no custodio obligado al pago, por circunstancias económicas o personales, en muchas ocasiones como castigo a su expareja, puede no ingresar las cantidades pactadas en convenio, hacerlo tarde o pagar solamente cantidades parciales. Esto supone un empobrecimiento del progenitor custodio que acaba incidiendo directamente en los hijos a cargo, además del correspondiente incremento de procedimientos de ejecución de sentencia que se inician para reclamar por vía judicial todas las cantidades adeudadas. Una situación muy frecuente es aquella en la que el progenitor custodio, por el hecho de no querer enfrentarse o no querer tener comunicación con el otro progenitor, prefiere asumir en solitario gastos de carácter extraordinario y necesario que tienen un elevado coste (dentistas, tratamientos ortopédicos, ciertos medicamentos...), sin siquiera solicitar la aprobación del otro, lo que dificulta posteriormente su reclamación. Cuando la relación entre ambos es cordial, la comunicación es más fluida y no surgen estas situaciones tensas, colaborando ambos económicamente y de manera proporcional a sus ingresos.

5. El concepto “alta conflictividad”

Cuando una pareja decide separarse, generalmente los términos en los que se lleva a cabo la misma no suelen ser muy amables. Existen diferentes escalas de conflictividad, las cuales tienen consecuencias a nivel jurídico en determinadas cuestiones como guarda y custodia o atribución y uso de la vivienda familiar⁵⁸. Las situaciones denominadas de alto conflicto se re-

⁵⁸ LAUROBA LACASA, Elena, 2003, “Familias con alto grado de conflictividad; régimen de guarda y protección del interés de los menores”, *Cuaderno jurídico nº 103*, SEPIN, Madrid, págs. 15-23.

fieren a “las disputas intensas que se prolongan en el tiempo, que requieren considerables recursos judiciales y comunitarios y que se caracterizan por la falta de confianza entre los progenitores, elevados niveles de enfado entre ellos, incapacidad para comunicar sus sentimientos y necesidades de manera apropiada y uso frecuente del sistema judicial”⁵⁹. Esta categorización es muy habitual en otros países como Canadá, donde incluso cuenta con apoyo institucional, adoptándose ciertas medidas para mejorar la situación. Existe una escala⁶⁰ para valorar los grados existentes de conflicto parental: mínima, leve, moderado, moderado grave y grave. En este último grado se contemplan situaciones en las que alguno de los progenitores tiene serios problemas de abuso de alcohol o drogas, se aprecian abusos sexuales o enfermedades psicológicas o psiquiátricas⁶¹.

Las situaciones de alta conflictividad generan en los Juzgados de Familia una alta carga de demandas que no permiten a las oficinas judiciales realizar la actividad habitual, viéndose obligados a recurrir a refuerzos y provocando retrasos que suponen un grave perjuicio al usuario de Justicia. Con respecto a las consecuencias que supone para los menores el vivir en ambientes familiares altamente conflictivos, se traducen en el riesgo de desarrollar graves problemas de comportamiento y de actitud, así como a ser más propensos en desarrollar enfermedades mentales producidos por el mal funcionamiento de la familia tras el divorcio.

A pesar de que los servicios adscritos a los tribunales cumplen una muy importante labor para las familias y para aportar información sobre sus dinámicas a los Juzgados (hablamos del Servicio de Asesoramiento Técnico en Atención a la Familia, Puntos de Encuentro Familiar o Servicios Sociales.), cuando la conflictividad se encuentra cronificada en las familias, todo ello no es suficiente, y es necesario que la función de seguimiento, la cual en absoluto puede ser requerida a los jueces, sea mucho más intensiva.

Para analizar el concepto, nos situamos en la época *post-divorcio*, mo-

59 Vid. FARIÑA RIVERA, Francisca, PARADA, Vanesa, NOVO PÉREZ, Mercedes, y SELJO MARTÍNEZ, Dolores, 2017, “El Coordinador de Parentalidad; Un análisis de las resoluciones judiciales en España”, *Acción Psicológica*, págs. 157-170, Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5944/ap.14.1.21346>

60 Véase CAPDEVILLA, Connie, 2016, “La coordinación de coparentalidad. Una intervención especializada para familias en situación de alta conflictividad”, [en línea], *Anuario de Psicología*, pp. 41 a 49, Barcelona, pág. 43, Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/Anuariopsicologia/article/viewFile/17422/20208>.

61 SCHEPARD, Andrew, 2004, *Children, Court and Custody...*, op. cit., pág. 37.

mento en el cual los progenitores deben aceptar la ruptura que ha tenido lugar, adaptarse a un nuevo modo de vida y tratar de dar continuidad a las relaciones entre ambos en su faceta de progenitores separados.

Existen varias maneras de sobrellevar una ruptura. Se puede ver como una salida mutuamente aceptada, como resultado de una consulta profesional; como respuesta a una situación de estrés incontrolable o como una respuesta impulsiva a un conflicto; estas dos últimas situaciones descritas son precisamente la puerta de entrada a una ruptura conflictiva. El conflicto es básicamente personal, pero también existen factores sociales y culturales a tener en cuenta. La visión para intervenir en el conflicto de familia tiene que ser sistémica y global, teniendo en cuenta todos los factores que lo provocan.

Existen una serie de factores predictivos en la aparición de conflictos que pueden servir como elemento de prevención⁶²:

- Utilización de los hijos en el conflicto parental.
- Nuevas relaciones sentimentales de alguno de los progenitores.
- Discrepancias constantes o irresponsabilidad en el modo de educar y cuidar a los hijos.
- Cambios sustanciales en el estilo de vida de alguno de los progenitores.
- Pugnas en el tipo de custodia deseada.
- Patologías en alguno de los progenitores.
- Resentimientos, especialmente en cuestiones económicas.

Los llamados conflictos sustantivos son aquellos que forman parte de la dinámica esencial de todos los divorcios y que afectan principalmente a las decisiones sobre los hijos y sobre las propiedades o ciertas cuestiones económicas; cuando existen discrepancias en estos dos puntos, siendo imposible alcanzar un acuerdo, nos encontramos ante un principio de alta conflictividad.

Por tanto, no debemos identificar el concepto alta conflictividad solamente con los casos en los que exista violencia familiar o de género, sino que se identifica también con aquellas familias en las que cualquier cuestión de la esfera privada acaba dirimiéndose ante los Tribunales ante la incapacidad de los progenitores de salvar sus diferencias de manera consensuada. Además de los procedimientos contenciosos, se puede dar alta conflictividad en aquellas situaciones en las cuales se produce un incumplimiento del Convenio Regulador fijado en sentencia por parte de uno de los progenitores, espe-

⁶² Vid. VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de Coordinación...*: op. cit., pág. 60.

cialmente si esta situación se produce de manera reiterada. Y según ha quedado acreditado tras analizar las cifras estadísticas de separaciones y divorcios de España, los tribunales no están sabiendo cómo solucionar los problemas post-ruptura.

Existen algunas situaciones de especial conflictividad que los profesionales han denominado como “El síndrome del juicio de Salomón”⁶³, que “nace de dos progenitores enzarzados en feroz combate por la posesión de su hijo, descalificándose recíprocamente como padres y entregándose a todo tipo de manipulaciones, judiciales y extrajudiciales, con tal de salirse con la suya”⁶⁴, dando la impresión de preferir la solución salomónica antes de ceder a cualquiera de las pretensiones del otro progenitor. Los niños que se encuentran sometidos a este patrón muestran síntomas de culpa, ansiedad e incluso trastornos de personalidad.

La Asociación de Abogados de Familia de España (AEAFA) ha realizado recientemente un estudio en el que analiza cuál es el grado de conflictividad en una pareja que toma la decisión de separarse, siendo visiblemente inferior cuando la pareja que decide separarse o divorciarse no tiene hijos. Un 20% aproximadamente de las parejas con hijos desarrolla un grado alto de conflicto, mientras que éste es nulo o bajo (80%) en aquellas parejas que no tienen descendencia, según el gráfico realizado por AEAFA y que se reproduce la Gráfica 1 del Anexo⁶⁵.

6. La instrumentalización de los menores en el conflicto familiar

En muchos procedimientos de separación o divorcio se produce lo que denominamos una instrumentalización de los menores, que tiene unas consecuencias psicológicas graves para ellos tanto a corto como a largo plazo. Según

⁶³ Se refiere al pasaje bíblico relatado en el Antiguo Testamento en el que dos mujeres se presentaron ante el sabio Salomón asegurando ser las madres de un niño. La solución de Salomón fue partirlo en dos; cuando la verdadera madre entendió que suponía la muerte de su hijo, prefirió que se lo quedase la otra mujer, razón por la cual Salomón se lo entregó a ella.

⁶⁴ VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de coordinación...*, op. cit., pág. 67.

⁶⁵ “I Observatorio Derecho de Familia”, 2019, [en línea], *Asociación de Abogados de familia de España*, Disponible en: <https://www.aeafa.es/files/noticias/iobservatorio-derechodefamilia.pdf>

los expertos, existe una relación directa entre la exposición a estas situaciones y diversos trastornos psicopatológicos o alteraciones en las respuestas emocionales, que pueden no manifestarse hasta llegar a la edad adulta. De hecho, en algunas comunidades autónomas, la instrumentalización de los menores se considera un indicador de riesgo de la infancia ante el cual las autoridades y organismos públicos pueden actuar.

En las crisis familiares, “en la gran mayoría de los casos existen sentimientos de rencor, insatisfacción y sensación de fraude por parte de uno o de ambos cónyuges con respecto al otro. Desde esta perspectiva, las conductas subsiguientes que se llevan a cabo están encaminadas a la consecución del resarcimiento del daño ocasionado, consistentes en forzar al otro a sufrir el mismo dolor que se considera éste ha infligido”⁶⁶. Y el nexo común entre ambos, y que más fácilmente puede utilizarse para infligir ese daño, son los hijos⁶⁷.

Según los expertos, existen múltiples modos de instrumentalizar a los menores, tanto en cuestiones económicas como en otras que pretenden boicotear el régimen de visitas establecido; por ejemplo, afirmar delante de los hijos que la familia se encuentra en la ruina porque el otro progenitor así lo quiso, o interferir en el régimen de visitas castigándoles precisamente cuando deben pasar tiempo con el otro progenitor, o buscando planes alternativos atractivos para que el menor desee realizarlos antes que permanecer con el otro progenitor, y no estando en el domicilio de recogida cuando tiene que llevarse a cabo la visita del no custodio. La manipulación o implicación de otras personas puede llegar incluso al extremo de mentir a un terapeuta y conseguir que testifique a su favor, o manipular a otros para que se posicionen de parte y en contra de uno de ellos. Los expertos ya han encontrado un nombre a esta realidad llamada el “síndrome del viernes”, consistente en que “el niño es llevado al pediatra de urgencia, generalmente por el progenitor custodio, para que se deje constancia de que está enfermo y no podrá ir el fin

66 Vid. FERNÁNDEZ VERGARA, S y PINILLOS DOLADER, C., 2010, *La instrumentalización...*, op. cit., pág. 6.

67 Según se recoge en este estudio, ibídem, pág. 8, “generalmente, según se ha observado en la práctica clínica, la instrumentalización es llevada a cabo por el progenitor custodio (hasta la reforma del Código Civil la guarda y custodia era otorgada en exclusiva a uno de los progenitores, generalmente, la madre), aunque cada vez más nos encontramos con casos en que el progenitor no custodio involucra a los niños en su particular lucha y, del mismo modo, también cada vez son más los progenitores que tienen la guarda y custodia compartida los que hacen uso de sus hijos en contra uno del otro”.

semana con el no custodio, dejando tras de sí una larga estela de informes solicitados”⁶⁸.

Este tipo de violencia intrafamiliar lleva a utilizar al menor como mensajero con respecto del otro progenitor, como niño edredón, asignándole el cuidado y protección del progenitor más vulnerable; o como niño invisible, cuando sufre el desprecio y silencio por parte de uno de sus padres. Cuando se dan alianzas para atacar a un tercero, se da un tipo de coalición extremadamente disfuncional llamada parentalización, donde se transgreden las fronteras generacionales, al ser el hijo ascendido a nivel parental sin que esta posición le corresponda.

Nos situamos en el contexto de las llamadas interferencias parentales, sobre las cuales existen pocos estudios en nuestro país. Las dinámicas de comportamiento en las que se aprecian este tipo de interferencias se caracterizan por la presencia de conductas que tienen como objetivo perjudicar la relación de uno de los progenitores con sus hijos. El menor es utilizado para ganar la batalla, en muchas ocasiones judicializada, que se emprende contra la expareja. Pueden manifestarse de manera explícita o adquirir un carácter completamente subliminal. Las más comunes son: adquirir una actitud extremadamente indulgente o permisiva con el menor, criticar de manera persistente al progenitor rechazado, forjar una alianza patológica con los hijos, o desvalorizar su imagen. Estos comportamientos pueden ser intencionales o inconscientes, explícitos o sutiles⁶⁹.

6.1. El Síndrome de Alienación Parental (SAP)

En el contexto en el que se encuentra la familia que pasa por una crisis familiar judicializada, puede darse por parte de alguno de los progenitores un intento de influir en la voluntad de los menores debido a los múltiples intereses en juego, temores, incertidumbres, frustraciones y rencores entre ellos. Se habla de interferencias parentales y del comúnmente llamado “Síndrome de Alienación Parental”⁷⁰, término no exento de polémica. Identificar estas

68 Ídem.

69 GONZÁLEZ SARRIÓ, Ignacio, 2016, *Las Interferencias parentales y la alienación parental en el contexto jurídico español; revisión de sentencias judiciales en materia de guarda y custodia*, [en línea], Universidad de Valencia (Tesis doctoral), pág. 24. Disponible en: <http://roderic.uv.es/handle/10550/58284>

70 Debido al debate generado sobre la etiqueta, tal y como recogen VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de Coordinación de...*, op. cit., pág. 68, “de un tiempo para aquí, ha venido a eliminar el concepto de “síndrome” de la perífrasis, llamándolo alie-

dinámicas, cómo se realizan y las consecuencias que pueden llegar a tener en los menores son unos de los principales trabajos que llevan a cabo los profesionales de la psicología forense⁷¹ que operan en el ámbito del Derecho de Familia. Y es necesario realizar una evaluación en profundidad antes de poder hablar de alienación parental, para descartar que el rechazo de los menores a alguno de sus progenitores se deba a causas justificadas, como haber presenciado situaciones de violencia o maltrato familiar.

Esta cuestión es un tanto sensible en el momento actual debido a lo complicado que resulta probar que efectivamente existe en una familia un Síndrome de Alienación Parental (en adelante, nos referiremos a él como SAP). Bajo este síndrome, uno de los progenitores pretende que la relación del otro progenitor y su hijo o hijos quede rota, de modo que se genere rechazo y que los menores no quieran mantener contacto con él, hasta convertirse en un progenitor inexistente. Se considera una programación o adoctrinamiento de los menores por parte de un progenitor (se habla incluso de lavado de cerebro) para que genere situaciones de odio frente al otro, hasta el punto de que la relación quede totalmente rota, unido a una predisposición del menor a sentir odio y rechazo hacia uno de sus progenitores. Si ha existido maltrato o abuso de algún tipo hacia el menor, esta explicación no resulta aplicable, siendo otras causas justificables los motivos del rechazo.

El término fue propuesto por el psiquiatra Richard Gardner en 1985, y lo define como un desorden que suele surgir en el contexto de las disputas legales sobre cuestiones de guarda y custodia de los menores. El SAP se ha introducido y aplicado en los juzgados como un nuevo trastorno clínico, que del mismo modo que ocurrió en Estados Unidos, coincide con la promulgación de la Ley de Custodia Compartida en España (*Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil*)⁷².

nación parental o situando este fenómeno dentro de un paraguas más general, el de las interferencias parentales”.

71 La psicología forense puede definirse como “la rama de la psicología que desarrolla sus conocimientos y aplicaciones con vistas a concluir sus hallazgos en el seno de una sala de Justicia, con la finalidad de auxiliar al juzgador en su toma de decisiones”, PÉREZ CABALLERO, M.L et al, 2012, *Los conflictos parentales como origen...*, op. cit., pág. 21.

72 Vid. ESCUDERO NAFS, Antonio, AGUILAR REDORTA, Lola, DE LA CRUZ, Julia, 2008, “La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): Terapia de la amenaza”, [en línea], *Revista de la Asociación Española de Neuro psíquica*, vol. XX-VIII, n.º 102, pp. 283-305, Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v28n2/v28n2a04.pdf>.

Muchos profesionales afirman que se encuentran en su trabajo diario con situaciones en las que, de manera sistemática, un hijo no quiere ni oír hablar de uno de sus progenitores⁷³. Incluso en casos severos de SAP, un progenitor puede alegar una relación nefasta de su hijo con otro progenitor, “considerando que sus hijos pueden vivir sin el otro y que ellos son los únicos que pueden hacerse cargo de los menores”⁷⁴.

Por ello, el derecho a ser oído recogido en la CDN debe valorarse teniendo en cuenta si lo que los menores dicen puede estar mediatizado por la influencia de un tercero, y por ello, estudiar el modo de analizar la información obtenida en estos casos. En los casos de SAP, “los progenitores suelen recurrir a lo que los menores expresan, alegando suficiente madurez en sus hijos, pero sólo en lo respectivo a su decisión de no relacionarse con el otro progenitor”⁷⁵.

El SAP puede ser utilizado por uno de los progenitores como una oportunidad para satisfacer sus intereses propios personales, y no el interés del menor, mediante la utilización de los hijos⁷⁶. En estos casos, es necesario saber si verdaderamente uno de los progenitores está tratando de inculcar ideas negativas a su hijo con respecto del otro progenitor sin motivo aparente. Los menores alienados suelen manifestar de manera obsesiva su odio a uno sólo de los progenitores, “hablará de él con desprecio y vocabulario soez, le insultará sin que se revelen signos de culpa o embarazo por esta conducta”⁷⁷.

Existen patrones que se repiten en este tipo de conductas y que han sido estudiados desde el campo de la Psicología⁷⁸:

- Denigración injustificada del padre no querido. Uno siempre miente y el otro siempre dice la verdad.

73 Existen otras situaciones en las que el menor no quiere tener contacto alguno con el padre que se ha ido de la vivienda familiar porque siente que éste le ha abandonado. En los casos en los que no existe influencia del otro progenitor, esta cuestión deberá ser tratada desde otro punto de vista terapéutico diferente.

74 TEJEDOR HUERTA, María Asunción, 2012, “El interés de los menores en los procesos contenciosos de separación o divorcio”, [en línea], *Anuario de Psicología Jurídica*, Volumen 22, (pp.67-75), Disponible en: <http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/revistajuridica/jr2012v21a7.pdf>

75 Ibidem, pág.68.

76 Vid. BRIZ CLARIGET, M.J, 2018, *Mediación y síndrome de...*, op. cit., pág.2.

77 Véase TEJEDOR HUERTA. M.A, 2012, *El interés de los menores...*, op. cit., pág.70.

78 VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de Coordinación de...* op. cit., pág. 70.

- Los niños afirman con contundencia que la idea de no tener contacto con uno de los padres es suya, que son decisiones propias tomadas sin coacción alguna (Síndrome del Pensador Independiente). En este contexto, se escuchan frases como que *“el niño no quiere verle, y yo quiero respetar su decisión”*, por lo que el menor acaba verbalizando dicha idea de rechazo como propia, logrando así quitar toda culpabilidad del progenitor alienante.

- El progenitor “bueno” es querido e idealizado, mientras que son incapaces de recordar un solo momento agradable con el otro progenitor; sufren una especie de amnesia de las vivencias con el mismo. Es un posicionamiento radical con respecto a los sentimientos por cada uno; amor absoluto hacia el progenitor custodio y odio hacia el progenitor alienado.

- Utilizan un lenguaje impropio de su edad, con expresiones impuestas, como que *“mi padre/madre nos compra con sus regalos”* o que *“mi padre/madre no me hace estudiar suficiente”*.

- Los motivos para no verle carecen de un peso suficiente que justifique tal decisión, utilizando motivos ridículos para no pasar tiempo con el progenitor rechazado. Utiliza además palabras que no son las habituales en un niño de su edad.

- Hablan en primera persona de situaciones que ni siquiera han vivido.

- Muestran total indiferencia hacia lo que el progenitor rechazado pueda sentir. No manifiestan emoción ante sus muestras de cariño o regalos. También rechazan el contacto con la familia extensa del progenitor no querido.

Las manifestaciones pueden ser variadas. Por ejemplo, no dejan mantener contacto telefónico con el padre alienado, organizan actividades atractivas para los niños durante los periodos que deben permanecer con el otro padre, “olvidan” avisarle de cuestiones importantes, prefieren dejarles con terceros antes que, con el otro progenitor, aun sabiendo que el mismo está deseando recogerlos... Por otro lado, la intensidad puede ser diferente dependiendo de cada caso; tampoco es necesario que se den todos ellos para apreciar la existencia de este síndrome.

En estas situaciones, y en aras de evitar que la influencia negativa de uno de los progenitores sea irreversible, se hace necesaria la intervención de profesionales, pues el paso del tiempo en casos de existencia de SAP corre en contra del progenitor rechazado y de la posibilidad de establecer nuevos lazos dentro de lo que podríamos considerar una relación parental sana.

La postura del CGPJ con respecto a la existencia real de este síndrome dista de confirmar la teoría expuesta por Gardner, a la cual tilda de *pseudocien-*

cia, pues considera que no existen pruebas o indicios de que este síndrome exista y que la utilización del llamado “Síndrome de Alienación Parental”, o la de una denominación alternativa, pero con la misma virtualidad, para explicar y tratar de solucionar los problemas de relación entre padres e hijos tras una situación de crisis matrimonial -una de las reacciones referidas- es una preocupante realidad cada vez más común⁷⁹.

Continúa la citada Guía del CGPJ argumentando que, a pesar de la difusión y popularización de este pretendido síndrome en nuestro país, el SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en los dos grandes sistemas diagnósticos de salud mental utilizados en todo el mundo, el DSM-V de la Asociación Americana de Psiquiatría, y el ICE-10 de la Organización Mundial de la Salud. Según una declaración de 1996 de la Asociación Americana de Psicología, no existe evidencia científica que avale el SAP, criticando dicha institución el mal uso que de dicho término se hace, especialmente en los casos de violencia de género así, en su informe titulado *La Violencia y la Familia*, se afirma que “términos tales como alienación parental pueden ser usados para culpar a las mujeres de los miedos o angustias razonables de los niños hacia su padre violento”. Sin embargo, ya se ha puesto de manifiesto que, en caso de existir algún tipo de maltrato o abuso por parte del progenitor rechazado, queda descartada la posibilidad de aplicar el término SAP, pues nos encontramos ante situaciones en las que el rechazo a ese progenitor cuenta con una base justificada. Por todo ello, desde el CGPJ se solicita a jueces, magistrados y equipos psicosociales que dejen de referirse a este término por no quedar demostrado su rigor científico. La jurisprudencia, por su parte, rechaza la posibilidad de que exista este síndrome⁸⁰.

79 “Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *CGPJ*, [en línea], 2016, Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-practica-de-la-Ley-Organica-1-2004--de-28-de-diciembre--de-Medidas-de-Proteccion-Integral-contra-la-Violencia-de-Genero--2016->

80 Vid. Sentencia 162/2016 del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (ROJ: STS 1295/2016, Ponente: Eduardo Baena Ruiz), y Sentencia 399/2015 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de junio de 2015 (ROJ: SAP MA 2312/2015, Ponente: Nuria Auxiliadora Orellana Caro). *“Esta Sala comparte las profundas dudas científicas sobre la existencia de ese síndrome, y, en su caso, sus causas, consecuencias y soluciones, no obstante, sin entrar en dicho debate, pero teniendo en cuenta que el padre sostiene que los hijos están mediatizados por la madre, debe indicarse que no ha quedado acreditado que las menores puedan estar condicionadas por lo que su madre les haya dicho, sino*

Poco se habla de la situación en la que queda el progenitor alienado⁸¹, que sufre un sentimiento de pérdida devastadora, tanto física como psicológicamente. Vive con la sensación de haber perdido la batalla, de que resulta tremendamente difícil cambiar la situación. Considero, de manera personal, que no se puede considerar buen padre o madre a una persona que adoctrina a sus hijos en el odio al otro progenitor, sin medir las consecuencias que esta actitud supondrá en el desarrollo psicológico del menor a medio y largo plazo. Entiendo que el mero reconocimiento de la existencia de este síndrome en ningún caso supone culpabilizar a todos los progenitores (normalmente nos referimos a las madres, pues son las que hasta la fecha han ejercido de forma generalizada la guarda y custodia de sus hijos, lo cual no obsta para que se den estas situaciones *sensu contrario*) de pretender influir en modo alguno en la conducta de los hijos con respecto al otro progenitor. Pero creer que no existen estas situaciones es negar una realidad que, a día de hoy, se da en muchas familias y que es de sobra conocida en los Juzgados, sin que los jueces tengan medios efectivos para poder ponerles fin.

De hecho, la intervención judicial “tiende paradójicamente a alienar aún más al progenitor alienado, quien se ve relegado a un segundo plano, colocándose entre él y su hijo una nueva figura autoritaria que, en buena medida, sustituirá muchas de sus funciones. El progenitor alienado reclama y exige esta intervención, con lo que también contribuye a esta situación”⁸².

Cuando un Juez de Familia observa cualquier problema en una relación entre padres e hijos que pueda repercutir en el bienestar del menor, “tiene la obligación de intervenir. Ciertamente que nuestra función es dictar sentencia, pero también es nuestra función ejecutar las sentencias y demás resoluciones que dictamos, y para ello, debemos garantizar que dichas resoluciones se cumplan sin perjuicio para los menores”⁸³.

más bien por las vivencias experimentadas con su padre. Por tal razón, la pericial del Gabinete Psicosocial, deberá analizar si el rechazo de los menores a la figura del padre está directamente relacionado con el clima de violencia que han podido vivir aquellos, o si existe algún tipo de interferencia por parte de la madre obstativa al cumplimiento del régimen de visitas”.

81 BOLAÑOS prefiere referirse a progenitor aceptado y rechazado, en lugar de utilizar los términos alienante y alienado. (BOLAÑOS CARTUJO, I., 2008, *Hijos alienados...*, op. cit. pág.76).

82 BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, 2005, “Cuando el divorcio conyugal supone un divorcio paternofilial; del juzgado a la mediación”, *Trabajo Social Hoy*, pág. 108.

83 En VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de coordinación...*, cit. pos., pág.78.

En cuanto a la utilización de mediación en caso de darse alguna de estas circunstancias, la mediación tradicional no resulta efectiva, siendo necesario “un enfoque sistémico que contemple el desarrollo en cada parte de un sentido básico de respeto y confianza hacia el otro, una capacidad para tolerar las diferencias existentes y una capacidad para no interferir en las relaciones de ambos con los hijos”⁸⁴. Si durante un proceso de mediación se observan por parte del profesional indicios de existencia de SAP, deberá “tener presentes ciertas acciones en las diferentes etapas del proceso, que pueden ayudar a gestionarlo junto con el resto de conflictos que se presentan. El mediador determinará en qué intensidad existe, disolviendo culpas y haciendo entender que ambas partes tienen la solución del conflicto en sus manos”⁸⁵.

6.2. La instrumentalización como maltrato al menor en el proceso judicial

La pregunta que surge es ¿podemos equiparar la instrumentalización de los menores a un maltrato intrafamiliar? El drama primario que se encuentra en el mero hecho de ver a toda una familia enfrentada durante años sin que sean capaces de ver más allá de su conflicto y de las consecuencias que el mismo provoca a su alrededor, es en sí mismo un tipo de instrumentalización. Y la judicialización continuada de los conflictos familiares hace que sea necesario explorar a los menores constantemente y que deban ser escuchados por el Juzgado en numerosas ocasiones, reviviendo cada cierto tiempo esta situación de estrés e incertidumbre.

Es maltrato infantil el hecho de someter a un menor de edad a la presión de comparecer ante un tribunal. En mi experiencia personal, los menores que se han visto obligados a pasar por esta situación (algunos, en más de una ocasión) manifestaban no haber dormido en toda la noche, levantarse con dolores de tripa y de cabeza, para acabar afirmando con cierta resignación que sólo querían quedar al margen de las disputas entre sus padres. En edades adultas todavía rememoran esos desagradables momentos. Se crean situaciones de protección de los hermanos más mayores hacia los más pequeños, proyectando su frustración en los padres al obligarles a pasar tal situación. En esos momentos, incluso los propios abogados tienen ciertas dudas de hasta qué punto es idóneo obligar a comparecer a ese menor en sala.

84 BOLAÑOS CARTUJO, I., 2000, *Estudio descriptivo del Síndrome...*, op. cit., pág. 96.

85 BRIZ CLARIGET, M.J., 2018, *Mediación y síndrome de...*, op. cit., pág.6.

Son varias las sentencias que hacen referencia al maltrato emocional del menor en el proceso. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 1 de abril de 2017, considera “*contraproducente las evaluaciones de la menor que prolongan la duración del conflicto y dan lugar a un exceso de intervencionismo de profesionales*”⁸⁶. En la misma línea, la Audiencia Provincial de Barcelona evitó “*la exploración de un menor con espectro autista, rigidez cognitiva y problemas de relación para evitarle tensión y judicialización de sus vivencias, y bastan los datos e informes de autos para apreciar debidamente las circunstancias personales del niño y de su entorno (STC, Sala Pleno, 29.06-2009)*”⁸⁷.

El maltrato puede darse de varias formas, de manera directa o indirecta, provocado por los sentimientos de rabia, ira y dolor de los progenitores:

- Maltrato emocional: denuncias falsas, obligar a los menores a comparecer de manera reiterada en procedimientos judiciales, interferencias parentales, alienación parental.
- Abandono emocional: incumplimiento del pago de pensiones de alimentos fijadas en convenio, falta de colaboración del progenitor que no ejerce la custodia, no brindarle el apoyo necesario.
- Abandono físico: incumplimiento del régimen de estancias y visitas o de comunicación estipulado.
- Se puede incluir como maltrato físico la sobrecarga de las obligaciones a las que el menor debe hacer frente.

No cabe duda que nos encontramos ante un verdadero infierno, que incluso lleva a considerar que este maltrato al menor debería estar tipificado penalmente dado el enorme valor del bien jurídico necesario de protección, tal y como recoge la Observación General 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud⁸⁸. Asimismo, la falta de formación especia-

86 Véase VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, Ana, 2017, “El maltrato emocional a los menores en la judicialización del conflicto familiar”, [en línea], SEPIN, Disponible en <https://blog.sepin.es/2017/03/maltrato-emocional-menores-judicializacion-conflicto-familiar/>

87 SAP 116/2012 de Barcelona, Sección 12ª de 15 de febrero de 2012 (Roj: SAP B 1232/2012, Ponente: Joaquín Bayo Delgado).

88 Incluso manifiesta VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A., 2017, *El maltrato emocional a los menores...*, op. cit., que podríamos hallarnos ante un tipo penal “a caballo entre los delitos contra la Administración de Justicia por la utilización de ésta como medio de ataque a una persona, los delitos contra los derechos familiares, por la protección que merecen los menores prevista en el artículo 39.3 CE y los delitos contra la integridad moral, pues supone un ataque a la integridad psíquica de los menores inmersos en el conflicto”.

lizada en este terreno de todos los operadores jurídicos que intervienen en él hace que el proceso en sí se convierta en un grave maltrato para el menor⁸⁹.

Otras sentencias recomiendan a los padres someterse a algún tipo de terapia psicológica o acudir a mediación familiar, conscientes de que el hecho de continuar judicializando cuestiones puramente económicas o de reparto de los tiempos con los menores crearán en ellos situaciones difícilmente superables, y que pueden acarrear consecuencias futuras graves.

Así lo considera, por ejemplo, el TSJ de Cataluña, que exhorta a ambos progenitores a acudir a terapia familiar debido a que la relación familiar se encuentra enquistada y conflictuada. Sin embargo, y a pesar de que *“se ha ido advirtiendo el papel cada vez más relevante de la intervención de profesionales no jurídicos, especialistas en la materia (art. 335.1 LEC. 1/2000), como evaluadores de la situación familiar y asesores del juzgado (art. 92 del CC y DA 6 y 7 del Libro II CCCat) o incluso, en casos conflictivos, como supervisores de las medidas adoptadas judicialmente en el ejercicio de las facultades parentales de los padres en relación con los hijos menores”*⁹⁰, en ningún caso la mediación o la terapia pueden ser impuestas por el órgano judicial.

Significativo resulta el Auto de la AP de Valencia en el que se llama la atención a los padres sobre el efecto pernicioso de privar a su hija del contacto con uno de los progenitores, calificándolo de maltrato. Considera que las partes *“han mostrado el mayor desprecio a los derechos del otro progenitor, impidiendo que se relacionara con la menor cuando estaba en su compañía”*⁹¹. En este caso, los informes periciales que la madre aporta revelan un conflicto de lealtades que la hija está viviendo y la polarización que sufre cada vez que está con ellos.

Por tanto, la jurisprudencia realiza diversas alusiones a estos profesionales no jurídicos desde el punto de vista de la recomendación de acudir a ellos en beneficio del interés del menor, pero a día de hoy, no se puede obligar a ninguna de las partes a someterse a estos métodos, entre otros motivos porque la voluntariedad es intrínseca al cumplimiento y el resultado óptimo de los mismos.

89 ORTUÑO MUÑOZ, P., 2012, *El proceso legal como...*, op. cit., pág. 190.

90 STSJ Cataluña Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª de 28 de julio de 2016 (Roj: STSJ CAT 6067/2016), Ponente: María Eugenia Alegret Burgues).

91 Auto de la AP de Valencia 653/2016, de 12 de diciembre de 2016 (Roj: AAP V 653/2016, Ponente: Ana Vega Pons-Fuster Olivera).

CAPÍTULO IV
GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA:
JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR
DEL MENOR. MANIFESTACIÓN EN EL PLAN DE PARENTALIDAD

1. El tratamiento de la patria potestad y de la guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español

Partimos del hecho de que entre padres e hijos se generan una serie de derechos, deberes y funciones que los vinculan por el mero hecho de existir una relación biológica y legal entre ellos. El derecho a relacionarse es uno de ellos, el cual se ejerce sin mayor problema cuando la pareja permanece unida; el problema para ejercitar este derecho, que puede ser reclamado por ambos progenitores, se genera en el momento en el que se produce una separación entre ambos.

Cuando nos encontramos ante una crisis de pareja, en el ámbito matrimonial o tras una convivencia, hay tres problemas que el Derecho debe afrontar: (i) Organizar la situación de los hijos comunes y sus relaciones con ambos progenitores, (ii) decidir acerca de la atribución y uso de la que hasta esa fecha haya sido la vivienda familiar, y (iii) en caso de que exista un desequilibrio económico, atribuir a uno de los miembros de la pareja el derecho a obtener del otro alguna cantidad de dinero o bienes como consecuencia de la ruptura, en forma de pensión de alimentos o pensión compensatoria. De los tres, el más importante y el que afecta más de manera personal, sin duda, es el que concierne a la convivencia y relación con los hijos menores de edad, que constituyen, o al menos deberían constituir, la esencia del Derecho de Familia, más allá de cuestiones meramente económicas.

Si lo analizamos en profundidad, se una paradoja en nuestra legislación actual, ya que mientras que el CC, antes del divorcio o la separación, considera “deber de ambos padres cuidar y atender a los hijos conjuntamente, tras dicha separación o divorcio relega dicha custodia conjunta a un segundo plano (cuando se den los especiales requisitos exigidos), dando preferencia a la custodia a favor de uno solo de los padres”¹, aunque debemos admitir que

1 DE TORRES PEREA, José Manuel, 2011, “Joint Custody: An Alternative Required by the New Social Reality”, [en línea], *InDret Law Journal*, Vol.4, Barcelona, Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1954564>, pág. 4.

la situación poco a poco va cambiando, fruto de los avances en las estructuras sociales que se han ido produciendo, y a pesar de seguir existiendo en el pensamiento en muchos aplicadores del Derecho la idea de que las cuidadoras naturales de los hijos menores son las madres.

De hecho, hasta finales del siglo XIX, la tendencia mayoritaria en la atribución de la guarda y custodia era otorgarla al padre de manera automática, ya que se consideraba que, en general, podía sostener a sus hijos por contar con una mayor capacidad económica. Fue posteriormente, y a nivel internacional, cuando se extendió la tónica general de la llamada doctrina “*tender years*”, por la cual se asume que los hijos pequeños deberán permanecer bajo el cuidado de la madre, ya que se presupone que es quien va a proporcionarles mejores cuidados. Debido a la estructuración familiar, era más frecuente que fuesen las madres las que se encargaban de lo relacionado con la crianza de los menores, mientras que la responsabilidad económica y laboral recaía sobre los hombres. La doctrina “*tender years*” no es un principio legal, pero sí una presunción probatoria empleada bajo el manto de la protección al menor. Solamente se otorgaría la custodia paterna, según esta mentalidad, si se podía considerar que la madre no cumplía los requisitos para cuidar de sus hijos (si se daba alguna falta marital como, por ejemplo, adulterio), recayendo la carga de la prueba sobre el padre que, si no lograba demostrarlo, no obtenía la custodia². Se presupone, por tanto, que la mujer, por el mero hecho de dar a luz y salvo prueba en contrario, va a procurarle a sus hijos los cuidados necesarios.

Ya desde mediados de la década de los años 70, en Estados Unidos, los propios tribunales van reparando en que la doctrina de los “*tender years*” es “sexista, y en que la determinación de la guarda y custodia debe realizarse bajo el criterio relacionado con la capacidad parental, independientemente del género del progenitor. Aunque esta doctrina todavía sigue estando en vigor en las jurisdicciones de diferentes países, la tendencia apunta hacia el establecimiento del principio del mejor interés del menor, examinando la relación entre éste y sus padres, evaluando todas las alternativas posibles y eligiendo aquella menos perjudicial para él”³.

2 LAING KLAFF, Ramsay, 1982, “The Tender Years Doctrine”, [en línea], *California Law Review*, Issue 2, Disponible en: www.ohiofamilyrights.com/reports/, pág. 341.

3 FARIÑA RIVERA, Francisca, SELJO MARTÍNEZ, Dolores, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, “Intervención Psicológica en el establecimiento de la guarda y custodia: El mejor interés del menor”, [en línea], Universidad de Vigo y Santiago, capítulo 7, Disponible en:

Desde hace un tiempo, existe un debate a nivel político y sociológico en relación a cuál es el régimen preferente de guarda y custodia que debe aplicarse, encontrándonos actualmente con dos cuestiones fundamentales, primero si debe imponerse un régimen de guarda y custodia concreto a nivel general y otro excepcional, y en segundo lugar, si sólo cabe instaurar la custodia compartida cuando haya acuerdo entre los progenitores o cabe la posibilidad de aplicarla de oficio, falta de acuerdo entre los progenitores, e incluso contra su voluntad expresa.

Independientemente de las bondades de la custodia compartida, y del hecho de que los Tribunales cada vez son más proclives a su implantación, así como el carácter preferente que se le da en algunas legislaciones autonómicas, lo cierto es que en la práctica no se ha producido un incremento significativo de las resoluciones que acuerdan este régimen de guarda y custodia.

Ante una crisis matrimonial o de pareja, resulta imprescindible modificar el cumplimiento de algunas de las facultades que la patria potestad o la guarda y custodia comprenden por el hecho de que la convivencia se rompe, siendo importante no confundir estos términos. Si bien es cierto que, hasta hace un tiempo no muy lejano, el régimen de guarda y custodia de los menores solía ejercerse en exclusiva por la madre, otorgando un régimen de visitas más o menos amplio al padre, la situación ha cambiado, siendo cada vez más frecuentes las parejas que optan por un régimen de custodia compartida, aunque como señalábamos, todavía no se ha implantado con la fuerza necesaria en nuestro país. Y ello implica, por supuesto, una serie de cambios en el modo de ejercer la responsabilidad parental; por ello a partir de ahora hablaremos de *corresponsabilidad*, por ser ese término más ilustrativo de la pretensión de realidad de la sociedad actual.

1.1. El concepto de guarda y custodia

La guarda y custodia de los hijos menores de edad es una de las cuestiones más conflictivas en situación de ruptura, pues determina otro tipo de decisiones trascendentes como la atribución de la vivienda familiar o la cuantía de la pensión de alimentos.

La atribución de la guarda y custodia está también determinada en la jurisprudencia española por la supremacía del interés superior del menor. Po-

http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/Intervencion_psicologica_en_el_establecimiento_de_la_guarda_y_c.pdf, pág. 146.

demos definir este concepto como un “conjunto de funciones o actuaciones que el progenitor debe realizar-prestar en favor de su hijo, como amalgama extensa de funciones al servicio del menor, y que conlleva encomendarle a uno de manera individual o a ambos de manera conjunta en los supuestos de guarda y custodia compartida, la convivencia con el menor y las tareas o funciones que dicha cohabitación comporta”⁴.

La figura de la guarda y custodia, así como el ejercicio de la patria potestad, ha variado de manera radical en el último siglo, y podemos dividirla a efectos ilustrativos en cuatro grandes etapas⁵:

La Ley Provisional del Matrimonio Civil de 1870 habla de “*depósito de los hijos*” para referirse al ejercicio de la guarda y custodia en casos de separación y divorcio, que el legislador trata como dos figuras iguales, al no implantarse el divorcio hasta el año 1932. La norma impedía al causante de la ruptura quedar al cuidado o depósito de los hijos, y, además, los menores de tres años, salvo alguna causa que lo impidiese, quedaban siempre al cuidado de la madre.

Distinguimos una **segunda etapa** derivada de las leyes promulgadas en el año 1981, que partían de un sistema de divorcio basado en una única causa, el cese efectivo de la convivencia, unido al transcurso de unos plazos.

El legislador de 1932 sigue la misma línea que el de 1870; así, si no había acuerdo entre los progenitores, se otorgaba la guarda y custodia al cónyuge “inocente”, si ambos eran culpables o inocentes, decidía el Juez. La norma atribuía el cuidado de los hijos menores de 5 años a la madre, cumpliendo el progenitor no custodio las obligaciones derivadas de la patria potestad⁶. La norma aplicable para la asignación del cuidado de los hijos depende en este periodo de la buena fe de los cónyuges. Este sistema relegó a un segundo plano el tema de la culpabilidad, pero si bien el artículo 92 del Código Civil no menciona los elementos de culpabilidad a la hora de otorgar la guarda y custodia, la jurisprudencia sí lo tuvo en cuenta.

4 RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carles, JARNE ESPARCIA, Adolfo, CARBONELL, Xavier, 2015, “Análisis de las atribuciones de guarda y custodia de menores en las resoluciones judiciales”, [en línea], *Acción psicológica*, vol.12 nº1. Madrid, Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1578-908X2015000100001

5 Estas etapas se encuentran recogidas en el Preámbulo del ALECP [en línea], Disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf>

6 Vid. CRUZ GALLARDO, Bernardo, 2012, *Guarda y Custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, pág. 30.

El artículo 159 del Código Civil estableció que *“si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez por motivos especiales, proveyere de otro modo”*.

La **tercera etapa** es la que nos encontramos ahora, la cual vino precedida por las leyes citadas en el apartado I de esta Exposición, y especialmente por la *Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil*, *“que afectó a aquellos preceptos que subsistían y cuyo contenido era contrario a la plena efectividad del principio de igualdad entre las personas de distinto sexo; y por la Ley 15/2005, de 8 de julio, modificativa del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que dio nueva redacción en las materias que nos ocupan a los artículos 90 del Código Civil (convenio regulador), 92 (efectos de la separación, nulidad y divorcio), 97 (pensión compensatoria) y 103 (medidas provisionales)”*.⁷

Por último, la **cuarta etapa** se refiere al Anteproyecto a una nueva etapa futura, que es lo que se pretendía con su promulgación, teniendo en cuenta la jurisprudencia de las Comunidades Autónomas que cuentan con un régimen de custodia compartida preferente en su legislación foral. Sin embargo, los cambios en materia de Derecho de Familia han quedado de nuevo relegados a un segundo plano de la agenda política.

En las primeras fases, la guarda y custodia era otorgada a la madre, atribuyendo al padre un régimen de visitas más o menos amplio. El cambio de tendencia se produjo tras la Ley 15/2005 de 8 de julio, según podemos comprobar en las estadísticas; en 2013, un 71,5 % de las custodias se otorgaron a la madre, y un 28,5 % fueron compartidas, lo que muestra una tendencia favorable a esta última modalidad, ya que en el año 2012 el total de custodias exclusivas maternas había sido de un 81,7 %. Y aunque comienza a ser habitual, sin duda estos porcentajes resultan escasos. Con el ALECP se pretendía conseguir que se establezcan un mayor número de guardas y custodias compartidas ya que, hasta su llegada, tan sólo rige este régimen en aproximadamente un 14,5% de los casos, mientras que se estipula la guarda y custodia exclusiva con un porcentaje aproximadamente del 75% para las madres y un 10% para los padres. Se concede la guarda y custodia a otros familiares o instituciones en un 0,5% de los casos.

Como precedente debemos mencionar que, hasta el año 2005, el régimen de principal aplicación en los procesos de separación o divorcio era el de la

7 Preámbulo del ALECP, 2014, pág. 4.

custodia exclusiva materna, por considerar que ésta podía desempeñar sus tareas de manera más completa que el padre, además de las diferencias que existían en las circunstancias económicas y laborales de ambos.

1.2. La custodia compartida en la Ley 15/2005

En el año 2005 se introdujo por primera vez y de forma expresa la custodia compartida en nuestra legislación, aunque se hizo quizás “con excesiva prudencia, persistiendo el temor de establecer este tipo de guarda y custodia como fórmula principal y recogiendo entre otras cautelas la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal”⁸, precisión que fue duramente criticada y que dio lugar a que se plantease cuestión de inconstitucionalidad⁹, que fue admitida.

La jurisprudencia la define acertadamente como *“una modalidad de responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores y distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en un futuro”*¹⁰.

La Ley prevé expresamente que los progenitores puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio de la guarda y custodia se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido. Se introduce por primera vez la figura de la custodia compartida, en respuesta a la demanda social existente.

8 SORIANO IBÁÑEZ, Benito, “Los procesos de Familia y la guarda y custodia en Aragón”, [en línea], ponencia, Disponible en: <https://docplayer.es/12455528-Los-procesos-de-familiay-la-guarda-y-custodia-en-aragon-benito-soriano-ibanez-fiscal-de-la-fiscalia-provincial-de-teruel.html>.

9 Pleno TC 185/2012, de 17 de octubre de 2012, (Ponente: Encarnación Roca Trías): *“Con todo lo dicho hasta aquí, no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio Público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial”*.

10 SAP de Barcelona 26/2007, sección 12, de 12 de enero de 2007, (Roj: SAP B 1312/2007, Ponente: Pascual Ortuño Muñoz).

Así lo recoge el artículo 92.5 del Código Civil: “*Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*”

Los órganos judiciales, sin embargo, ya habían comenzado a utilizar la figura de la custodia compartida anteriormente, aun antes de ser regulada de forma expresa. Las dos primeras sentencias sobre custodia compartida datan de los años 2002 y 2004¹¹. Se pretende con estas sentencias aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de continuar ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y a participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos¹².

La regulación de la guarda y custodia compartida fue introducida como respuesta a los cambios sociales que llevan a padres a querer compartir la corresponsabilidad con respecto de sus hijos, así como de la incorporación de la mujer al mercado laboral y la consecuente equiparación de salarios. La introducción de esta modalidad de custodia, que hasta esa fecha se otorgaba de manera residual, supuso que los Tribunales la otorgasen con carácter preferente en los casos en los que se dan las circunstancias idóneas en relación con los menores afectados en el procedimiento. Este carácter preferente supuso un crecimiento moderado del otorgamiento de la custodia reflejado en las estadísticas, como puede apreciarse en la Tabla 3¹³.

Se observa en los datos estadísticos un crecimiento exponencial de casi el triple de las atribuciones de guarda y custodia compartida a nivel estatal. El crecimiento que se aprecia en la tabla adjunta desde el 2008 al 2016 aún sigue siendo considerado “insuficiente” para un país como España, pero debe darse una interpretación favorable del mismo. Según datos del INE, en el año

11 Vid. ROMERO NAVARRO, F., 2014, *La custodia compartida y el plan...*, op. cit., pág.194.

12 STS 442/2017, Sala Primera de lo Civil, de 13 de julio de 2017, (Roj: STS 2840/2017, Ponente: Eduardo Baena Ruiz). En esta Sentencia se exponen las razones por las cuales el régimen de custodia compartida es el normal y deseable, siempre que sea posible.

13 Vid. ÁGUEDA RODRÍGUEZ, Ricardo Miguel, 2018, *La guarda y Custodia compartida y el interés Superior del menor*, Madrid, HISPALÉX Editorial (2º Ed.), pág. 60. Tabla de elaboración propia recogida de los datos extraídos del INE y analizados por el autor.

2017 este porcentaje ascendió a un 30,2%, lo que supone un incremento del 1,94% respecto del año anterior¹⁴. Y en 2019, este porcentaje ascendió hasta el 37,5%¹⁵, lo que refleja una progresiva normalización social de esta figura.

En Aragón, desde que se promulgo la LAIRF, la custodia compartida ha aumentado de un 8,22% en el año 2008 a un 38,46% en el año 2016, alcanzando el 46% en el año 2018, lo que supone un crecimiento con respecto a la media nacional de 28,36% de dicho año. Cataluña cuenta con uno de los porcentajes más elevados de España, a pesar de no establecerse una preferencia legal por esta modalidad, encontrándose muy por encima de la media nacional. En la Comunidad de Madrid se observa un porcentaje de un 23,64% en el año 2016, y en Andalucía del 17,14%¹⁶.

Es destacable el crecimiento que se ha dado en la Comunidad Valenciana, pasando de un 9,55% a un 41,79% en el año 2016. A pesar de estas diferencias existentes entre Comunidades Autónomas, lo que sí constituye un hecho palpable es el crecimiento de esta modalidad y una mayor preferencia por parte de los operadores jurídicos.

Con carácter general se ha de tener en cuenta que el tener asignada la guarda y custodia de los hijos conlleva el fortalecimiento de la relación paterno-filial, en detrimento del progenitor no custodio, quien no comparte el día a día con los menores, circunstancia que poco a poco va moldeando su personalidad.

Las ventajas de la custodia compartida, cuando ésta puede llevarse a cabo de manera sana entre los progenitores, son muy numerosas, según la jurisprudencia:

*(i) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. (ii) Se evita el sentimiento de pérdida. No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. (iii) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia*¹⁷.

14 Fuente, INE, 2018, Disponible en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf

15 Fuente, INE, 2019, Disponible en: https://www.aeafa.es/files/noticias/ensd_2019.pdf

16 Según un estudio realizado por RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C. et al, 2015, *Análisis de las atribuciones...*, op. cit., pág.7., Cataluña ocupa el segundo lugar de España con el 14.1 % de otorgamiento custodias compartidas, de un total de 19.801 rupturas de la relación conyugal, justo después de Melilla que alcanza el 46.8% de un total de 201 rupturas de la relación conyugal.

17 STS 427/2015, Sala Primera de lo Civil de 14 de julio de 2015. (Roj: STS 3158/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

De cara al bienestar de los progenitores, la custodia compartida supone contar con periodos de tiempo para dedicarse a uno mismo personalmente y a nivel laboral, y aunque sin duda la misma tenga que otorgarse en beneficio del menor, el hecho de que los progenitores puedan apreciar ventajas en este régimen fomenta el acuerdo.

Ahora bien, la custodia compartida puede presentar inconvenientes para los menores, especialmente si la relación entre ambos progenitores es conflictiva. Para poder llevar a cabo una custodia compartida estable será necesario que los progenitores resuelvan sus problemas extrajudicialmente con ayuda de profesionales que, además de dirigirles hacia la correcta gestión del conflicto, puedan dar pautas sobre el ejercicio de esta custodia, mostrando los perjuicios que la inestabilidad familiar y la exposición continua al conflicto suponen para los menores.

Sin embargo, este régimen también cuenta con algunas desventajas. El mayor inconveniente que puede encontrarse es que la personalidad del menor puede verse afectada por la inestabilidad que provoca la continua rotación que surge de la convivencia alterna con uno y otro progenitor. Sin embargo, “la alteración de la estabilidad emocional de los menores provocada por la duplicidad de domicilios alternos, los diferentes entornos sociales y de hábitos y los desplazamientos, queda paliada por la participación de ambos progenitores en la responsabilidad de la crianza y cuidado de los hijos menores de edad”¹⁸. En todo caso, el estudio de la figura de la guarda y custodia compartida se considera imprescindible, pues constituye en gran medida el nexo causante de la creación de figuras en el ámbito de Derecho de Familia hasta ahora inexistentes.

1.3. El régimen de visitas en caso de custodia exclusiva de uno de los progenitores

Si bien es cierto que, para un completo y correcto ejercicio de la guarda y custodia en corresponsabilidad plena, la situación ideal sería la custodia compartida, existen familias en las que los progenitores deciden otorgar la guarda exclusiva a uno de los progenitores con régimen de visitas y estancias para el progenitor no custodio. Sería evidentemente rentable y adecuado que existiesen criterios universales para todas las familias, pero es obvio que re-

¹⁸ CRUZ GALLARDO, B., 2012, *Guarda y custodia de los hijos...*, op. cit., pág. 725.

sulta imposible. Sin embargo, se han establecido unas guías¹⁹ más o menos generales, que pueden aplicarse a todas las situaciones dependiendo de la edad de los menores con respecto a lo más adecuado para los menores:

De 0 a 18 meses: se recomienda régimen de visitas diario, sin pernoctas, y en todo caso no podrán transcurrir más de tres días sin que el menor esté con el progenitor no custodio.

De 18 meses a 3 años: visitas frecuentes y consistentes. Se sigue recomendando el contacto diario, y si no se observan consecuencias negativas para el menor, pueden incluirse pernoctas.

De 3 años a 6 años: se recomiendan visitas de hasta cinco días seguidos, y el mayor número de pernoctas que se puedan.

De los 6 a los 12 años: puede plantearse un plan de visitas desestructurado, pero si la ruptura es reciente es mejor planearlo de forma más ordenada.

Adolescencia: en esta etapa, se recomienda que las visitas sean lo más flexibles posibles. Si interfiere en los planes con sus amigos, puede ser incluso contraproducente establecerlas todos los fines de semana, por lo que esto podría alternarse con visitas y estancias intersemanales.

Considero que, si bien la guarda y custodia compartida es sin duda el régimen idóneo para padres e hijos, en ocasiones no puede llevarse a cabo de forma satisfactoria. No debe demonizarse por tanto una guarda y custodia exclusiva si ésta es favorable a los menores y si los progenitores se muestran conformes en reparto más desigual de los tiempos que pasan con sus hijos. Imaginemos una familia en la que uno de los progenitores, por motivos laborales, viaja a menudo, mientras que el otro tiene una capacidad organizativa más flexible. Siempre será más adecuado que pase el tiempo con dicho progenitor que con terceros, especialmente si los padres sienten que ésa es la mejor manera de organizarse.

1.4. La guarda y custodia compartida como manifestación del interés del menor

El aumento de la custodia compartida puede encontrarse en consonancia con el hecho de que los magistrados tienen en cuenta tanto la nueva legislación en materia de Familia como el interés superior del menor como valor fundamental en sus resoluciones. La guarda y custodia compartida será otor-

¹⁹ Vid. FARIÑA RIVERA, F. y ARCE FERNÁNDEZ, R., 2010, *El papel del psicólogo...*, op. cit., pág. 258.

gada por el Juez si éste considera que se dan las circunstancias idóneas para que pueda ser ejercida en beneficio del menor o los menores, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto al no haberse establecido criterio alguno para determinar en qué consiste este interés en la legislación vigente.

En todo caso, la interpretación de los artículos 5, 6, 7 y 92 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores *“que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como; la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”*²⁰. Pretende así el Alto Tribunal aproximar este régimen al modelo de convivencia que los progenitores seguían antes de que se diese la ruptura matrimonial, para darles la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad o la responsabilidad parental, así como de participar en igualdad de condiciones por el desarrollo y crecimiento de sus hijos, redundando en su propio beneficio.

En conclusión, independientemente de la relación que los padres deseen tener una vez finalizado el matrimonio o la convivencia, ambos deben ser conscientes de que todo lo que decidan repercutirá de manera directa en sus hijos, cuyo interés prima por encima de cualquier otro ante un tribunal. Muchos problemas derivados de crisis matrimoniales podrían evitarse si los padres, realizando un importante ejercicio de responsabilidad, pusieran por encima de todo el bienestar y la salud mental de sus hijos. El interés del menor exige un compromiso mayor y una colaboración entre los progenitores para que las situaciones de desencuentro que existen entre los mismos se resuelvan en un marco de normalidad familiar, además de un mayor compromiso por parte de las instituciones que tienen la obligación de velar por ellos.

Por otra parte, los operadores jurídicos deben valorar, por encima de todo, el bienestar emocional y afectivo del menor, incluso con prevalencia al bienestar material, lo que abarca el cuidado, el consejo cariñoso, la estabilidad, una relación cálida y comprensiva, en definitiva, el concepto de *welfare* ante-

²⁰ STS Sala Primera de lo Civil 444/2015, de fecha 14 de julio de 2015, (Roj: STS 3440/2015, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

riormente mencionado, lo que constituyen elementos esenciales para su propio carácter, su personalidad y su talento²¹.

Especialmente relevante para el bienestar de los menores resulta el otorgamiento del régimen de custodia cuando existe violencia de género. Dispone el art. 92.7 CC que *“no procederá la guarda y custodia conjunta cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*²². En el momento en el que se inicia el proceso por una presunta agresión de violencia de género, uno de los progenitores pierde la posibilidad de ejercer la guarda y custodia compartida.

Se prevé en el ALECP sin embargo que, *“excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos”*, lo que provoca las siguientes interrogantes ¿cómo se determinaría el interés del menor? ¿cuándo se apreciaría esta excepción?

La jurisprudencia, de manera mayoritaria ha establecido la prohibición de otorgar la guarda y custodia al progenitor que ha ejercido cualquier tipo de violencia sobre los menores, ya que *“una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entor-*

21 Este mismo criterio de bienestar emocional ya había sido aplicado por la jurisprudencia menor, así la SAP 723/2004 de Valencia de fecha 17 diciembre de 2004 (ROJ: SAP V 5847/2004, Ponente: José Enrique de la Motta García-España), establece que el interés del niño no puede ser medido *“bajo parámetros de confort material, pues en el ámbito de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico -derecho francés, son ‘besoin de paix, de stabilité, de tranquillité... c’est son équilibre psychique qu’il faut mettre au premier rang’- o al amplio concepto de bienestar aplicando el ‘Welfare principle’ anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo”*.

22 Los artículos 236-5 y 236-6 del CCCat. reconocen como víctimas de violencia de género a los menores que conviven en un hogar familiar donde se ejerce algún tipo de violencia; esta circunstancia se reconoce como causa justa para denegar tanto ejercicio de patria potestad como regímenes de guarda y custodia que supongan contacto entre el progenitor acusado y el menor. La privación de la potestad no exime a los progenitores de cumplir la obligación de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los hijos ni la de prestarles alimentos en el sentido más amplio.

*no familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos*²³.

Grosso modo, existen tres corrientes jurisprudenciales frente al contenido del artículo 92.7º: “Una primera, que contempla la violencia como circunstancia determinante de la exclusión de la guarda compartida; otra intermedia, que pone el acento en valorar esta circunstancia junto a otras; y otra más laxa, que nos acerca a la interpretación de la violencia como circunstancia no determinante en la exclusión del régimen de guarda compartida; en mi opinión, y como toda prohibición restrictiva de derechos, la atribución de la guarda de los hijos en los supuestos de violencia de género ha de ser analizada con suma cautela, pero sin que pueda descartarse “*ab initio*” y de forma generalizada la posibilidad de otorgar la guarda compartida”²⁴.

En el Derecho de Familia, la doctrina jurisprudencial mayoritaria viene referida a dos grandes aéreas, la primera es aquella referente a la guarda y custodia de los menores, y especialmente en lo que respecta a la custodia compartida, además del derecho de visitas de los progenitores y de la familia amplia, fijación de pensiones de alimentos o atribución del uso de la vivienda. La segunda está referida a las cuestiones derivadas del régimen jurídico de la adopción y acogimiento.

Por ello, son varias las conclusiones que podemos extraer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para la cual el interés del menor “*exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a resolver las situaciones de crisis en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, que sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquel*”²⁵. También el Tribunal Constitucional se pronunció al respecto,

23 STS Sala de lo Civil 33/2016 de 4 de febrero de 2016, (Roj: STS 335/2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

24 PINTO ANDRADE, Cristóbal, 2009, *La Custodia Compartida*, Barcelona, Bosch, pág. 49.

25 STS 149/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 28 de enero de 2016 (Roj: STS 149/2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana), STS Sala Primera de lo Civil, de fecha 3 de mayo de 2016 (Roj: STS 1901/2016, Eduardo Baena Ruiz), STS Sala Primera de lo Civil de 16 de diciembre de 2015. Todas estas sentencias coinciden en dos puntos: Se considerará de interés casacional solamente si el tribunal a quo ha aplicado correctamente el criterio del interés del menor, y que el recurso de casación no debe ser tomado como una

destacando “la amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos de Familia, teniendo en cuenta como criterio básico y preferente el interés de los hijos”²⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene el criterio de considerar la custodia compartida como una medida normal, y no excepcional. Es necesario mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo en la que se enumeran hechos y razones para adoptar la guarda y custodia compartida:

(i) *“Se beneficia al hijo porque ambos progenitores reúnen las condiciones adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales. Ambos tienen también capacidad para atender a su hijo de manera adecuada;*

(ii) *Sus horarios laborales se acomodan a la mejor atención del menor;*

(iii) *El menor tiene una vinculación sólida con su madre y con su padre;*

(iv) *No existe por su edad factores negativos para sus actividades básicas, lo que permite asumir roles personales en descargo de sus padres (vestido, aseo, etc)*

(v) *Ambos progenitores tienen domicilio estable sin que la alteración suponga para el hijo una alteración sustancial de la estructura social en que se integra, con facilidades para la pernocta como para el estudio*

(vi) *Finalmente coincide con el deseo del menor, que es calificado por el equipo psicosocial de maduro a tal fin, con el sistema de custodia compartida”²⁷.*

2. Cambios en el modo de ejercer la custodia: la corresponsabilidad parental

Uno de los cambios más relevantes que se ha dado en el ámbito familiar ha

tercera instancia que permita revisar los hechos. Incluye la STS 1901/2016 Sala Primera de lo Civil de 3 de mayo de 2016 (Roj: STS 1901/2016, Ponente: Eduardo Baena Ruiz), la indeterminación del concepto: “La cuestión a dilucidar en cada caso concreto será si ha primero el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia. Este interés, que ni el artículo 92 CC ni el artículo 9 de la LO 1/1995 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la Ley 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor (...)”.

26 ATC 127/1986, de fecha 12 de febrero de 1986.

27 STS 391/2015 Sala Primera de lo Civil de 15 de julio de 2015 (Roj: STS 3217/2017, Ponente: Eduardo Baena Ruiz).

sido la implicación de la figura paterna en el cuidado y crianza de los hijos. Esta realidad ha venido de la mano precisamente de la incorporación de la mujer al mercado laboral argumentada anteriormente y la aplicación de políticas de igualdad por parte de los gobiernos autonómicos y centrales, en sintonía con las políticas de la Unión Europea, unido a una mayor concienciación en lo que a igualdad entre progenitores y la corresponsabilidad parental se refiere, especialmente relevante en parejas separadas. Lógicamente, el aumento del otorgamiento de la custodia compartida implica cambios en el modo de organización de la familia, que deberá igualar al máximo tiempos de convivencia y cuidado con sus hijos independientemente del sexo y de la situación laboral.

La corresponsabilidad parental se podría definir como “la función dirigida al cuidado, educación y protección de los hijos/as que, aunque parece alejarse de la idea de potestad tradicional, sigue vinculada a la idea de deber que corresponde a ambos cónyuges antes y después de la separación, ya que se trata de una función que se ejerce en beneficio del hijo/a con la finalidad de formar a personas adultas”²⁸.

Los estudios acerca de la incidencia de los cambios familiares en relación con los nuevos roles parentales son en fecha actual escasos²⁹. De hecho, el concepto de parentalidad no se encuentra definido actualmente en la RAE³⁰, y sin embargo es de gran interés social, además de ser un término de uso corriente en la investigación, construyendo un sustantivo de un adjetivo, parental, que significa perteneciente o relativo a los padres o a los parientes³¹. En el Apéndice de la Recomendación del Consejo de Europa de 2006, se define el ejercicio de la parentalidad como “todas las funciones propias de los padres/madres relacionadas con el cuidado y la educación de los hijos (...) y que se centra en la interacción padres- hijos y comporta derechos y obligaciones para el desarrollo y la realización del niño”.

28 PADIAL ALBAS, A., 2018, *La relación materno y paterno...*, op. cit., pág.105.

29 MORENO MÍNGUEZ, Almudena, 2015, “La ambivalencia ante la corresponsabilidad parental en España: Una cuestión de género”, [en línea], *Revista Estudios de Género*, La Ventana, pág. 48, Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5560483>

30 Consulta realizada en la RAE el 19 de octubre de 2018.

31 BERNAL MARTÍNEZ DE SORIA, Aurora, SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Yolanda, 2013, “Parentalidad positiva o ser padres y madres en la educación familiar”, [en línea], *Estudios sobre educación*, Vol. 25, (pp.133-149), Disponible en: goo.gl/j6NNQ3. Las autoras conceptualizan la parentalidad, concepto de importante relevancia a nivel social, para denominar “la relación que se espera que padres y madres mantengan con sus hijos”.

Corresponsabilidad implica una cooperación y participación activa, constante y proporcionada de ambos progenitores, independientemente de que vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos. Si lo observamos desde la perspectiva de los progenitores, se trata de un principio orientador sobre la forma de ejercicio por ambos del régimen de cuidado en todas sus esferas y de la relación con los hijos que se acuerde, a la vez que es el fin de su ejercicio, pues lo que se pretende con esta implantación es mantener el pleno ejercicio de la paternidad y la maternidad aunque no exista convivencia, siendo la corresponsabilidad parental el criterio orientador previo y fin al mismo tiempo.

Debemos resaltar, en relación a la corresponsabilidad parental, que si bien “la custodia compartida es su máxima expresión o expresión más fidedigna, como se ha indicado, pues a través de ella se consigue mantener vigente el principio de corresponsabilidad, no se puede reducir el principio solo a la aplicación de esta modalidad de cuidado de los hijos, la corresponsabilidad parental va mucho más allá de eso pues implica un proceso social que pasa por un cambio de mentalidad respecto al sentido de exclusividad y de prerrogativa, que los progenitores tienen con mucha frecuencia respecto a sus hijos, y que se ha traspasado también a los jueces, mediadores y consejeros técnicos: la parentalidad es algo más que un hecho biológico, es un hecho cultural que acaece en un proceso de construcción y de definición social acerca de lo que se considera qué es la paternidad y qué es la maternidad”³².

La corresponsabilidad parental es mayor en aquellos países que potencian la inserción laboral de la mujer, a través de políticas sociales y permisos de maternidad y paternidad igualitarios. Sin embargo, en España, a pesar del incremento de la participación de la mujer en el mercado laboral, estudios evidencian que continúa existiendo una importante desigualdad y resistencia al cambio de posición de la mujer en la estructura social.

El concepto de corresponsabilidad parental, se introduce en España por primera vez en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005: “*consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo*

32 ACUÑA SANMARTÍN, Marcela, 2013, “El principio de corresponsabilidad parental”, [en línea], *Revista de Derecho*, año 20, nº2, Universidad Católica del Norte, pág. 31. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S071897532013000200002&script=sci_arttext,

con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad". Ha sido también reforzado en nuestro ordenamiento jurídico mediante la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombre y mujeres*³³, al considerar en su artículo 1 que la partición entre ambos progenitores debe ser igualitaria al ser ambos titulares de la patria potestad y como personas implicadas en el ejercicio de los derechos y deberes o funciones que la integran, con independencia del régimen de guarda y custodia que rijan la relación familiar.

El artículo 18 de la CDN viene a reconocer la importancia de la coparentalidad entre los progenitores en el desarrollo vital del menor: *"Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño"*.

Estos conceptos pueden extrapolarse también a aquellas situaciones familiares en las que no existe separación de los progenitores, y ambos cooperan de manera activa en el cuidado de sus hijos y en el trabajo del hogar. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, debemos centrar el estudio en cómo se configura la coparentalidad estando ambos padres separados de hecho.

Las responsabilidades compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del menor; sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio a tener en cuenta debe ser el interés particular del menor, por lo que es contrario a dicho interés que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos³⁴.

Cuando existen discrepancias en el modo de configurar o de ejercer la parentalidad compartida entre ambos progenitores, se aconseja acudir a la mediación, al ser un mecanismo de racionalización de los problemas, cuya resolución debería acometerse antes del cambio de modelo de custodia. En muchas ocasiones, se puede pedir una custodia compartida "por defecto" que

33 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>.

34 Entendemos que lo que CRUZ GALLARDO, B., 2012 *Guarda y custodia de los hijos...*, op. cit., pág. 158, pretende expresar aquí es que el hecho de imponer un régimen de custodia *per se* es un error, pues dependerá en cada caso de la situación familiar de los menores implicados en el procedimiento; y lo que es beneficioso para un núcleo familiar puede no tener los mismos resultados en otro.

en la práctica diaria es irrealizable por incompatibilidad de horarios, por causas laborales, por voluntades de alguno de los progenitores... La mediación sirve en estos casos para desechar una lucha por una custodia imposible, centrándose en la concreción de las visitas y horarios y ampliando las ya vigentes. También puede ser de gran utilidad en aquellos casos en los que no se estableció una custodia compartida desde el inicio, pero que con el tiempo e incluso con la voluntad de los hijos se va ampliando y consolidando.

La gran mayoría de los abogados especializados en Derecho de Familia consideran que la adaptación a la custodia compartida, según su experiencia, es buena o muy buena. También afirman que la litigiosidad se ve disminuida cuando los padres tienen solucionado el asunto de la vivienda, lo que se traduce en que muchas veces, tras cuestiones sobre guardia y custodia se esconden tristemente motivos puramente económicos.

Los datos con respecto a las familias que ya ejercen este tipo de custodia compartida son positivos, ya que un total de un 79 % considera que el régimen de custodia compartida resulta muy satisfactorio o satisfactorio, siendo solamente un 21% en total los que la consideran poco o nada satisfactoria, según los datos del último estudio realizado por AEAFA³⁵, tal y como puede verse en la **Gráfica 2**.

Con respecto a la conveniencia de establecer periodos de custodia más o menos largos, coinciden de nuevo (75%) en que el régimen ideal es el semanal, con o sin pernoctas con el progenitor que durante ese periodo no ostenta la custodia³⁶:

En relación a la percepción de los menores que disfrutan del régimen de custodia compartida, los estudios arrojan datos muy positivos, pues de los mismos se deduce que gozan de una situación igual de buena que en régimen de custodia exclusiva, con menor afectación psicoemocional al no sufrir el sentimiento de pérdida de un progenitor³⁷.

3. La corresponsabilidad parental ejercida en la familia unida y en la familia separada

Debemos distinguir entre la coparentalidad ejercida durante la convivencia de pareja y aquella nueva situación que surge en el momento en el que

35 AEAFA, 2019, *I Observatorio...*, op. cit., pág. 4.

36 AEAFA, 2019, *I Observatorio...*, op. cit., pág. 6.

37 FARIÑA RIVERA, F. et al., 2017, *Custodia compartida y corresponsabilidad...*, op. cit., pág.110.

los progenitores deciden vivir de manera separada. La parentalidad positiva plantea un “control parental autorizado basado en el afecto, el apoyo, la comunicación, el acompañamiento y la implicación en la vida cotidiana de hijos e hijas”³⁸. Ahora bien, los problemas surgen a la hora de abordar todas estas necesidades cuando la convivencia se rompe y dicha coparentalidad se ejerce en dos hogares distintos.

La corresponsabilidad parental previa a la crisis de pareja se tendrá en cuenta a la hora de establecer un régimen de custodia; cuando existe una igualdad previa en la asunción de las responsabilidades con los hijos entre ambos progenitores, la solución posterior a la ruptura matrimonial o de pareja ha de ser igualitaria, otorgándose en estos casos una guarda y custodia compartida³⁹.

Sin embargo, si el peso del cuidado de los hijos comunes ha recaído exclusivamente en uno de los progenitores se acordará una guarda y custodia unilateral, pues estas circunstancias son tenidas en cuenta. De hecho, si la situación de la que se parte es desigual, resulta injusto ampararse posteriormente en el principio de igualdad⁴⁰.

Si bien es cierto que en la teoría resulta claro e incontrovertido el concepto de corresponsabilidad parental, presenta algunos problemas en el plano práctico, “debido a que el reparto solidario de la responsabilidad ha sido más aceptado que el reparto de la convivencia, aunque no siempre los progenitores han sabido diferenciar ambos conceptos, toda vez que con la atribución de la guarda se ejercían derechos que correspondían al ejercicio de la patria potestad”⁴¹.

38 BERNAL MARTÍNEZ DE SORIA, A., SANDOVAL ESTUPIÑAN Y., 2013, *Parentalidad positiva...*, op. cit., pág.138.

39 STS 761/2013 de 12 de diciembre de 2013, (Roj: STS 5824/2013, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

40 Vid. GARCÍA PRESAS.I., 2015, *Guarda y custodia de los...*, op. cit., pág. 39

41 VIDAL TEIXIDÓ, Antonio, 2011, “Comentario al art.236-8 del Código Civil Catalán”, en (Coord. Encarnación Roca Trias), *Persona y Familia, Libro Segundo del Código Civil de Familia*, SEPIN, SP/DOCT/15476, Madrid: “En puridad, la guarda va ligada a la cotidianidad, a esos asuntos de la vida cotidiana del menor y el ejercicio de las decisiones importantes, significativas, que afectan a los menores. Pero esta acotación se revela muy permeable, de modo que el progenitor guardador ejercía en mayor medida la potestad, teniendo en cuenta que siempre ha sido el que siempre ha llevado el mayor peso de responsabilidad sobre los hijos, y en todo caso el no guardador ha ido siempre a remolque de las decisiones tomadas por el progenitor que tenía atribuida la guarda”.

La situación ideal una vez se produce una ruptura de pareja es que las funciones de ambos progenitores sigan siendo compartidas por el menor, pues “lo deseable sería que pudiera prolongarse el modelo de relaciones paternofiliales vividas con normalidad en el seno de la familia, así como las relaciones con parientes, el mismo ambiente social y escolar, las amistades infantiles, etc. Si los padres se avinieran a compartir pacíficamente el ejercicio de la patria potestad sin que hubiere motivo para excluir a ninguno de ellos, saldría beneficiado el hijo”⁴². Y para alcanzar este modelo no se requiere ni que los padres vivan juntos, ni que los menores estén en contacto constante con ambos progenitores. En el seno de muchas familias no separadas, por circunstancias diferentes a una ruptura de pareja (viajes laborales, enfermedades largas, procesos migratorios, o cualquier otra circunstancia), uno de los progenitores se ausenta con habitualidad sin que esto suponga un menoscabo en el mantenimiento de la responsabilidad de ambos progenitores.

4. La buena relación entre los progenitores como criterio necesario para otorgar la custodia compartida

Para poder otorgar este régimen de custodia compartida es totalmente necesaria una comunicación fluida y respetable entre los progenitores, así como ciertas habilidades para el diálogo⁴³, aunque se da por supuesto que es normal que las relaciones entre los progenitores no sean las idóneas en el momento de sustanciarse el procedimiento, ya que dos personas que acaban de decidir terminar una relación no van a actuar de manera normal; por tanto, no se exige una “*relación sin fisuras*”⁴⁴, pero sí razonabilidad y puntos

42 ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, 2015, “La mediación como medio de solución de conflictos”, en PILLADO, Esther y FARIÑA, Francisca (Coords.), *Mediación Familiar; Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la Justicia Terapéutica*, Valencia, Tirant lo Blanch, (pp.15-35), pág. 26.

43 PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, “XXII Jornadas de Derecho de Familia en Sevilla” 5 y 6 de octubre de 2017, SEPIN.

44 STS 326/2015, Sala Primera de lo Civil, de 16 de febrero de 2015, (Roj: STS 615/2015, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas); “*Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes. Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y*

de encuentro mínimo, lo cual puede encontrarse cuando ambos priman por encima de todo el interés de sus hijos⁴⁵.

Es relevante la STS 619/2014, de 30 de octubre, en la que considera el Tribunal Supremo que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba. Recuerda los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013 y afirma que: *“sta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que benefician al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”*. Un año más tarde, el Tribunal Supremo admite como “razonables” las desavenencias entre progenitores y revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que concedió la custodia a la madre al estimar que había un *“importante nivel de conflictividad y tensión en la pareja que permitía inferir que la custodia compartida no sería una solución, sino un semillero de problemas que iba a intensificar la judicialización de la vida de los litigantes e incidir negativamente en la estabilidad del menor. Como pruebas de esta tensión, tuvo en cuenta las discrepancias serias por el colegio de escolarización y el hecho de que la mujer hubiese sido condenada por una falta de coacciones tras una denuncia de su marido por haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar”*⁴⁶.

Las razones esgrimidas por la Audiencia para desaconsejar la custodia compartida, según recoge el Tribunal Supremo en la precitada sentencia, *“no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo. (...)*

conductas que benefician al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

45 La STS 559/2016 Sala Primera de lo Civil de 9 de marzo de 2016, (Roj: STS 1156/2016, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas), rechazó la custodia compartida porque *«entre los progenitores no existía un mínimo de capacidad de diálogo, pues como se deduce del informe psicosocial, tras la separación, continuaron residiendo en la vivienda conyugal, de forma independiente y pese a ello solo se comunicaban por SMS. Esta falta de diálogo, hace desaconsejable, por ahora la adopción de un sistema de custodia compartida»*.

46 STS 96/2015, Sala Primera de lo Civil de 16 de febrero de 2015, (Roj: STS 615/2015, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

El propio menor reconoce expresamente estar plenamente adaptado al régimen vigente y así se lo hizo saber al Equipo Psico-Social, que quiere continuar con el régimen actual, con el mismo sistema de permanencia y estancia; en todo caso desearía la ampliación del horario de los fines de semana, para que su padre lo reintegre al domicilio materno una hora más tarde los domingos”. En segundo lugar, porque la discrepancia sobre el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable”. Se indica que “para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes, ambos son profesores universitarios. [...] La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

La STS de 29 de abril de 2013 de unificación de doctrina, recoge los requisitos para que pueda ser adoptada la guarda compartida: “1) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, 2) Los deseos manifestados por los menores competentes, 3) el número de hijos, 4) El cumplimiento por parte de uno de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, 5) el resultado de los informes exigidos legalmente, 6) En definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”⁴⁷.

Dentro de la extendida opinión de que la mala relación de los progenitores dificulta o imposibilita el ejercicio de la guarda y custodia compartida, encontramos sin embargo resoluciones judiciales que estiman que la misma no debe “desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que (incluso) no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF)”⁴⁸.

47 STS 257/2013 de 29 de abril de 2013, Sala de lo Civil, (Roj: STS 2246/2013, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

48 STSJ de Cataluña 29/2008, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 31 de julio de 2008, (Roj: STSJ CAT 14539/2008, Ponente: Enric Anglada Fors).

Comienzan a surgir otros problemas nuevos derivados del otorgamiento de la guarda y custodia compartida; recientemente, un padre al que se le había otorgado este régimen en primera instancia, solicita su modificación en apelación para que se otorgase una custodia materna⁴⁹. Llama la atención dicha petición a la Sala, puesto que normalmente suelen solicitarse para precisamente lo contrario. El magistrado considera que *“el hecho de ser padres supone una serie de sacrificios en beneficio de la prole, sacrificios que deben asumir ambos progenitores y no descansar en el otro progenitor”*, por lo que se desestima la demanda con condena en costas a la parte apelante.

5. El otorgamiento de la custodia compartida de oficio

La novedad más destacable del ALECP es que la posibilidad de constituir tal régimen, cuando no existe acuerdo entre los progenitores, deja de ser excepcional. Existen discrepancias en este punto: ¿Significa esto que, si ninguna de las partes solicita la atribución de la custodia compartida, puede otorgarla el Juez de oficio?

De acuerdo con el artículo 92.8 CC, sí puede acordar una custodia compartida de forma excepcional y si lo solicita solamente uno de los progenitores siempre y cuando se cumplan dos requisitos: que al menos una de las partes solicite la guarda y custodia compartida⁵⁰, hecho que descarta que pueda otorgarse de oficio, y que se proteja con esta elección el mejor interés del menor, es decir, que sea la opción más ventajosa⁵¹. El Tribunal Supremo se ha

49 SAP CA 1061/2020 de 23 de octubre de 2020, (Roj: SAP CA 1456/2020, Ponente: Carlos Ercilla Labarta)

50 Antes de que existiese una regulación expresa, sí era posible que la custodia compartida se otorgase de oficio, tal y como se desprende de la SAP de Valencia Sección 6ª de 22 de abril de 1999, (Roj: SAP V 2299/1999, Ponente: Vicente Ortega Llorca): *“Sin embargo, ningún precepto prohíbe aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y la educación de los hijos han de ser adoptadas en beneficio de ellos /art.93, párrafo 2º), deberán los Tribunales inclinarse por la que satisfaga esta exigencia mejor que las demás. Está claro que, para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la guarda y custodia compartida a ambos progenitores”*.

51 Para poder otorgar la custodia compartida, el progenitor que la solicite no puede estar incurso en ninguno de los procedimientos recogidos en el artículo 92.7 del Código Civil;

pronunciado asimismo al respecto en numerosa jurisprudencia, recogiendo como formas de otorgamiento (i) la solicitud de ambos progenitores o (ii) la solicitud de uno sólo⁵².

Tampoco es necesario a día de hoy un informe favorable del Ministerio Fiscal para que el Juez pueda acordar este régimen. La supresión de esta condición se debe a que una sentencia del Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del informe favorable, a la que se ha hecho referencia anteriormente, puesto que *“subordina la decisión final de la autoridad judicial a la emisión del mismo, lo cual es contradictorio con el sistema estipulado en la CE, en la que tan sólo los Tribunales ostentan la función jurisdiccional”*⁵³.

en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la integridad moral o libertad, indemnidad sexual de otro cónyuge o de los hijos o en caso de que el Juez advierta la concurrencia de indicios fundados en violencia doméstica. El Preámbulo del ALECP *“prevé que no se otorgará la guarda y custodia, ni individual ni compartida, al progenitor contra quien exista sentencia firme por violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal o cuando existan indicios fundados y racionales de tales delitos que consten en una resolución judicial motivada del Juez que lleve la causa penal, o en su defecto, cuando tales indicios existan a juicio del Juez del procedimiento civil, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, siempre que el delito no estuviera prescrito”*.

52 STS 257/2013 de 29 de abril de 2013, Sala de lo Civil: (Roj: STS 2246/2013. Ponente: José Antonio Seijas Quintana): *“Pues bien, el artículo 92 CC - STS 19 de abril de 2012 - establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite “excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco”, acordar este tipo de guarda “a instancia de una de las partes”, con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión “excepcionalmente”, véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el Juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. No obsta a lo anterior, sigue diciendo, lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición.”*

53 STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012, (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012, ECLI:ES:TC:2012:185STC).

El Consejo General del Poder Judicial ya manifestó su oposición a que el Juez otorgase la custodia compartida cuando no se solicitase por parte de ninguno de los progenitores, al considerar que “*podría agudizar las tensiones y controversias que frecuentemente pueden surgir tras la ruptura de la convivencia*”⁵⁴, aconsejando que si se considerase necesario mantener esta opción, sería preciso revestirla de una nota de excepcionalidad en el caso de que el Juez apreciase realmente que con esta opción se protege de manera real el interés superior de los menores. Posteriormente, el Consejo de Estado pidió mejorar la redacción para que no hubiera lugar a duda de que esta modalidad solamente procede si únicamente se protegía adecuadamente a los hijos⁵⁵. Según el Consejo, esta opción debe ser “repensada”, partiendo de que “la custodia compartida exige un alto grado de cooperación para que resulte exitoso, toda vez que las decisiones relativas al cuidado de los menores y las pautas educativas a seguir necesariamente deberán ser consensuadas, so riesgo, en caso contrario, de revertir negativamente en el interés del menor”⁵⁶.

Sin embargo, el Informe del Consejo Fiscal al ALECP opina de manera contraria, realizando una profunda crítica al hecho de que no se permita al

54 El Código Civil, tal y como se encuentra configurado en la actualidad, no resulta en absoluto conciliador, según algunos autores como MUÑOZ NARANJO, Alfredo, 2015, “El anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 15, (pp.39-56), pág. 42. Disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2015/2015art3.pdf>, “Así pues, ante la falta de acuerdo entre los padres, la guarda y custodia compartida se contempla en la literalidad del Código Civil como una medida excepcional, lo que supone sin duda una invitación a mantener posturas encontradas ante el Juez para evitarla por aquel progenitor que no la desea. Por esta razón, creo que nos encontramos ante una cultura jurídica del enfrentamiento. Enfrentamiento que va más allá del mero conflicto ya que éste último nace de la discrepancia, forma parte de la condición humana y no tiene por qué ser negativo. Lo que resulta negativo es la resolución del conflicto mediante el enfrentamiento y, no en pocas ocasiones, mediante la afrenta. No digamos ya cuando el enfrentamiento se torna patológico y violento”.

55 VIDALES LÓPEZ, Raquel, “El Consejo de Estado rechaza la custodia compartida si los padres no lo piden”, *El País*, https://elpais.com/sociedad/2014/09/21/actualidad/1411298076_942818.html

56 Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, 2014, “Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental”, *Lefebvre El Derecho*, [en línea], Tribuna, Disponible en: <https://elderecho.com/comentarios-a-la-regulacion-de-la-custodia-compartida-en-el-anteproyecto-de-ley-sobre-el-ejercicio-de-la-corresponsabilidad-parental>

Juez el establecimiento de este régimen, aun cuando ningún progenitor lo solicite: *“El apartado 8 del vigente artículo 92 condiciona la constitución excepcional de la guarda y custodia compartida sin acuerdo a la petición por una de las partes. El Proyecto, acertadamente, no exige esta petición. Entendemos que es acertado no condicionar la posibilidad de adoptar el régimen de custodia compartida a la petición de una de las partes, en un ámbito en el que lo decisivo es el interés del menor y teniendo presente que quien pide lo más – custodia individual- puede llegar a entenderse que pide lo menos- custodia compartida”*.

En este mismo sentido, a favor de la posibilidad de que el Juez pueda establecer de oficio la custodia compartida, se pronuncia el magistrado GONZÁLEZ DEL POZO, que no comparte las apreciaciones del Consejo sobre la inviabilidad de un sistema de guarda y custodia compartida establecida por el Juez y sin petición de ninguno de los progenitores, por las siguientes razones: “en primer lugar, la hipótesis que plantea el CGPJ que ninguno de los progenitores solicite la custodia compartida), difícilmente se dará en la práctica, porque, como es fácilmente previsible, si el texto de la Ley quedare redactado en los términos que propone el Anteproyecto, la inmensa mayoría, por no decir la totalidad, de los progenitores que solicitaren simultáneamente de forma alternativa o subsidiaria, la custodia compartida para evitar que desestimándose su pretensión principal de custodia individual, se tuviese que atribuir necesariamente la custodia individual a la contraparte.

En segundo lugar, como se ha dicho, no parece discutible que quien pide lo más (custodia exclusiva para sí), se conformará con lo menos (custodia compartida), antes que con la total desestimación de su pretensión (custodia exclusiva para la parte contraria), y en tal sentido no puede afirmarse con rotundidad que si ambos progenitores solicitan la custodia para sí, sin solicitar expresamente la custodia compartida, se opongan expresamente a ésta, pues en buena lógica, partiendo de que ambos solicitarán el ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental sea conjunto con independencia del sistema de custodia que se establezca, la discrepancia central se centrará en el reparto de los tiempos de convivencia de los hijos con cada uno de los progenitores. Y siendo esto así, habida cuenta de que la custodia compartida no exige un reparto igualitario ni equitativo de los tiempos de convivencia de los hijos con los padres y que no está legalmente establecida la distinción entre un régimen de custodia exclusiva y otro de custodia exclusiva implementado con un amplio y extenso régimen de comunicaciones y estancias con los hijos

con el progenitor no custodio, parece claro que, en muchas ocasiones, la dicotomía custodia compartida/custodia individual será una mera formalidad o discrepancia *nomen iuris*, intrascendente para la resolución de fondo de la cuestión.

Por último, es indiscutible que la opción de custodia compartida puede ser la más beneficiosa para el menor aunque se opongan expresamente a ella ambos progenitores por considerarla inadecuada, si concurren en el caso factores o elementos favorables a su establecimiento⁵⁷.

Veo totalmente necesario realizar una matización al respecto, ¿qué ocurre en el caso de que uno de los progenitores se desentienda totalmente de su hijo y no pida la custodia?, ¿puede el Juez de oficio, en este caso, otorgar una custodia compartida? Carecería de sentido dejar en manos de una persona que no desea pasar tiempo, ni dedicarle las atenciones necesarias a un menor, pues esto redundaría en perjuicio del mismo. Por ello, considero que sería posible otorgar una custodia compartida de oficio, sin que ambas partes lo hayan solicitado, siempre y cuando éstos hayan solicitado la custodia exclusiva, y siempre y cuando la custodia compartida sea la mejor opción para defender el interés superior del menor. No tiene mucho sentido que el Juez imponga la guarda y custodia compartida cuando los progenitores han acordado el ejercicio individual de la misma, normalmente atribuida a la madre, sencillamente porque tal decisión no tiene muchas probabilidades de prosperar. De hecho, “difícilmente el padre o madre que por motivos varios no se ha ocupado prácticamente de sus hijos/as, cuando cesa la convivencia puede hacerlo a tiempo compartido; y tampoco tiene visos de prosperar la guarda compartida si los progenitores no logran ponerse de acuerdo en la mayoría de las cuestiones que afectan a sus hijos/as o en los casos de enorme conflictividad entre ellos”⁵⁸.

Por otra parte, “conviene precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del modelo de custodia compartida no es tal en sí mismo considerado ni constituye la panacea de todos los problemas que resultan de la ruptura de la convivencia matrimonial, como algunos han querido ver. Lo que prima en estos casos es un régimen de custodia que se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, evitando que a través de esta medida se escondan intereses de otra clase, especialmente significativos en unos momentos de crisis económi-

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ PADIAL ALBAS, A., 2018, *La relación materno y paterno...*, op. cit., pág. 113.

ca, que tienen particularmente que ver con el uso de la vivienda familiar o la prestación alimenticia”⁵⁹.

59 SELJAS QUINTANA, José Antonio, 2014, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida”, en *Encuentro de jueces de familia sobre guarda y custodia compartida*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 8, pág. 6.

CAPÍTULO V

HERRAMIENTAS PARA INCENTIVAR LOS ACUERDOS EN MATERIA DE FAMILIA

1. Introducción

Debido a que el Derecho de Familia es un ente vivo y en constante cambio, dada la necesidad de adaptación del mismo a las nuevas realidades sociales, se cuestionan de manera continua las instituciones existentes y se da paso a la creación de otras nuevas que casan mejor con dichas realidades.

Con la evolución de las relaciones familiares, los operadores jurídicos advierten la necesidad de proveer e incluir en la práctica diaria nuevas herramientas que configuren la organización de la familia. Queremos analizar concretamente aquellas que van encaminadas a la consecución de acuerdos, evitando el conflicto al establecer normas y pautas que obligan a los progenitores a su cumplimiento.

De nuevo, reitero, no existe una solución que pueda constituirse como panacea para eliminar al completo el conflicto familiar. Cuando algún miembro de la pareja quiere cuestionar y discutir absolutamente todo, lo hará, y sobre esta realidad tienen mucho que decir los operadores jurídicos que día a día lidian con estos problemas. Sin embargo, cuanto más perfiladas estén las normas familiares en una situación de ruptura, más fácil se resolverán las disputas que surjan con el tiempo.

Por ello, y en atención a las deficiencias observadas por todos los operadores jurídicos del ámbito del Derecho de Familia, se ha considerado oportuno estudiar los mecanismos ya existentes, incluyendo algunos de obligada presentación. Por ejemplo, el documento que recoge las cláusulas que rigen la vida de la pareja tras tomar la decisión de vivir de manera separada, superando el tradicionalmente conocido como Convenio Regulador, regulado en el artículo 90 CC, creándose la figura del Plan de Parentalidad, que viene siendo de obligada aportación desde hace años en algunos lugares de nuestra geografía o en determinadas situaciones establecidas jurisprudencialmente.

En muchas ocasiones, el uso de instrumentos y recursos dirigidos a mejorar la calidad de la respuesta en el conflicto familiar ha sido impulsado desde la propia praxis de los Juzgados de Familia, tratando de reforzar una perspectiva pacificadora y no adversarial del problema y logrando un importante in-

cremento de los acuerdos o, al menos, una limitación de las cuestiones acerca de las que se discrepa en el procedimiento contencioso¹.

En este capítulo, nos vamos a centrar en el análisis de tres figuras de escaso recorrido, pero que cada vez están más asentadas en nuestra cultura jurídica: las tablas de alimentos, los acuerdos o pactos prematrimoniales en previsión de ruptura y los planes de parentalidad. Todos ellos son utilizados en los procesos de resolución adecuada de conflictos, tratando de evitar el enfrentamiento judicial en aquellas familias en las que esto es posible.

2. La objetivación de las pensiones: las tablas de pensiones de alimentos

La Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a cumplir con el principio de proporcionalidad (art. 142 CC) en el cómputo de la pensión de alimentos, principio que opera en dos líneas; que el cálculo de la misma se realizará en base a las necesidades de los perceptores de la pensión y también de los recursos con los que el alimentante cuente.

Esta es una de las cuestiones más controvertidas, sin lugar a dudas, en los procesos de familia, puesto que resulta muy complicado calcular el gasto ordinario mensual de los hijos a cargo, que no será exactamente el mismo todos los meses del año, ni tampoco durante todos los años del menor, dada la variabilidad tanto de sus circunstancias y necesidades como de las de los progenitores. Para la cuantificación de las pensiones alimenticias se hace referencia, a nivel estatal y autonómico, *“a la acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”*².

En un procedimiento contencioso, las partes aportan la prueba necesaria para demostrar estas circunstancias, tras lo cual quedará en manos de un Juez determinar la cuantía de la pensión de alimentos, lo que ha generado una imprevisibilidad absoluta para los agentes jurídicos y, sobre todo, para

1 De hecho, uno de los objetivos planteados por el Consejo General del Poder Judicial, recogidos en la denominada “Hoja de ruta para la modernización de la Justicia”, CGPJ, 2008, Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Modernizacion-de-la-Justicia/El-Plan-de-Modernizacion-de-la-Justicia/>, siguiendo la estela de los países de la Unión Europea, es reducir la litigiosidad de los Tribunales y la agilización de los conflictos que finalmente deban ser dirimidos por los órganos judiciales, tratando de optimizar los escasos recursos con los que la Administración de Justicia cuenta.

2 Vid. Art. 93 CC, art. 237-9,1 CCCat, art. 82 del Código Foral de Aragón, art. 7 de la Ley de Relaciones familiares de los hijos que no conviven de la Comunidad Valenciana.

las partes, acerca de cuál pueda ser el resultado final, incrementando peligrosamente la discrecionalidad judicial en este punto concreto. Cuando la parte obligada al pago tiene medios para ocultar patrimonio, sin que pueda existir prueba alguna de tal operación, o la parte receptora (en este caso, el progenitor que ostente la custodia) puede engrosar los gastos familiares, se pueden fijar pensiones realmente injustas, bien por ser excesivas o bien por no alcanzar en absoluto dicha proporcionalidad. En otras ocasiones, el Juzgador puede guiarse por signos externos que acrediten un determinado nivel patrimonial, aunque el mismo no concuerde con los ingresos probados³.

En los encuentros de Jueces y Magistrados con competencia especializada en asuntos de Familia que se desarrollan dentro del Plan de Formación Estatal del CGPJ, se ha recogido en varias ocasiones la necesidad latente de homogeneizar los criterios utilizados para fijar pensiones de alimentos, incidiendo en las tablas de alimentos debido a que *“se considera un instrumento muy útil en el ejercicio de la función jurisdiccional en los procesos de familia, contar con una tabla orientativa para la fijación de las pensiones alimenticias de los hijos, pues incrementa los niveles de previsibilidad de la respuesta judicial, aumenta la seguridad jurídica y facilita acuerdos y soluciones de autocomposición en este tipo de procesos, evitando en buena medida los costes sociales de los procesos contenciosos”*⁴.

La falta de previsibilidad de la resolución judicial conlleva inseguridad jurídica, por lo que “la constante pretensión de las personas que pueden verse inmersas en tanto que acreedores o como deudores, en procesos de alimentos –tanto como objeto principal, como dentro de las consecuencias de otros

3 SAP de Córdoba de 26 de mayo de 2011 (Roj: SAP Co 407/2011, Ponente: José María Magaña Calle): *“Por tanto y con esas premisas, y puesto que la pretensión que en este juicio se dilucida, no puede olvidarse, no es sino la alimentación de los hijos del propio recurrente (hasta en la interpretación debe primar, como principio de interpretación, el superior interés de los hijos a mantener el mismo nivel de vida que tenían antes de la ruptura), forzosamente será acudir a los signos externos que muestran, puesto que el pasado no puede borrarse, un nivel de vida y una determinada capacidad económica de los progenitores; nivel y capacidad que en lo indispensable deben seguir manteniendo los hijos, que ninguna culpa tienen en el conflicto matrimonial, y que por tanto en lo sustancial no deben padecerlo”*.

4 “Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial”, [en línea], AEFA, Disponible en: https://www.aefa.es/files/noticias/tabla_pensiones_alimenticias.pdf

litigios— de conocer de antemano con precisión cuáles son sus expectativas en cifras concretas, ha propiciado la confección y divulgación de diferentes tablas, que permiten la concreción del importe mensual de las pensiones, partiendo de unos pocos elementos objetivos”⁵. Estas tablas se han venido utilizando en países como EEUU, Canadá o Noruega, y aunque existen algunas diferencias en cuanto al origen y a la obligatoriedad, ha quedado acreditado el éxito de su uso por diferentes operadores jurídicos. En Alemania se utiliza la llamada “Tabla de Düsseldorf”, que no es de preceptiva aplicación, sino que goza de un mero carácter orientativo e informador, y debe ser considerada como directriz general en la fijación de las pensiones de alimentos. Esta tabla se configuró con aportaciones de Juezas y jueces del Senado Familiar de los Tribunales Superiores de Düsseldorf. En España, a la fecha, las tablas no cuentan con una aplicación generalizada en los Tribunales, entre otros motivos, porque no existe consenso en lo que respecta a qué factores intervienen en la determinación de la pensión alimenticia.

Este consenso pretendido reduciría la litigiosidad en lo que respecta a esta controvertida cuestión, donde los progenitores rara vez se muestran conformes. Por ello, la baremación de las pensiones, para evitar la discrecionalidad judicial en su fijación, ha sido una de las peticiones más escuchadas desde los distintos operadores jurídicos del ámbito de Derecho de Familia. De manera habitual, los Juzgados realizan los cálculos de las pensiones alimenticias siguiendo el criterio de proporcionalidad recogido en el art. 146 CC, teniendo en cuenta las circunstancias de la familia.

Las tablas de pensiones de alimentos reducen “los niveles de impredecibilidad de los pronunciamientos judiciales, aumentando la posibilidad de obtener acuerdos y soluciones entre las partes, y con la consiguiente reducción de la litigiosidad”⁶.

La fijación de las pensiones de alimentos depende, en muchas ocasiones, de elementos con alto grado de subjetividad, dándose soluciones muy dispares para procedimientos semejantes. Esta discrecionalidad es propia de Familia, como hemos tratado en el capítulo II, y no beneficia a la imagen que la Justicia proyecta en la ciudadanía, que acude a los tribunales con

5 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNIARRAGA, L., 2014, *Algunas cuestiones polémicas...*, op. cit.

6 Vid. “Tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los Procesos de Familia elaboradas por el CGPJ”, [en línea], 2013, *Lefebvre El Derecho*, EDC 2013/126293, pág.1.

incertidumbre al no saber qué criterios van a tenerse en cuenta para su caso concreto.

El magistrado de Primera Instancia del Juzgado nº 7 de Córdoba, Antonio Javier Pérez Martín, tras realizar un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de varias Audiencias Provinciales, presentó en el año 2002 unas tablas de alimentos que supusieron un importante precedente en esta cuestión. Las mencionadas tablas recogen las pensiones alimenticias para los hijos cuando solo uno de los progenitores obtiene ingresos y las pensiones de alimentos para un hijo cuando ambos progenitores obtienen ingresos. Los cálculos advierten que el obligado al pago en circunstancias normales deberá abonar de pensión de alimentos la cuantía equivalente a un 22,7 % de sus ingresos⁷.

La finalidad de las tablas es homogeneizadora, otorgando a acreedor y deudor, cuanto menos, seguridad, “que es un bien escaso en estos malos tiempos para la lírica conyugal”⁸.

2.1. Antecedentes: las tablas de alimentos en Inglaterra y Gales

Tras la última reforma llevada a cabo en la fijación de la pensión de alimentos (llamada *Child Support*) en Inglaterra y Gales, el sistema prevé la fijación de las cuotas en función de los ingresos brutos del progenitor no custodio. El sistema establece cuatro tipos de cuotas dependiendo de los ingresos semanales del progenitor obligado al pago: *Basic Rate*, *Reduced Rate*, *Flat Rate* y *Nil Rate*.

La más habitual de las cuatro es la primera de ellas (*Basic Rate*) que fija como pensión un tanto por ciento de los ingresos brutos semanales del progenitor obligado al pago dependiendo del total de hijos: 15 % (un hijo), 20 % (dos hijos) y el 25 % (tres o más hijos) de los ingresos semanales.

Da la impresión de que el legislador inglés “ha tratado de abordar con la mayor exactitud las posibles situaciones, en lo que se refiere a la pensión de alimentos. Así, regula también las reducciones a aplicar cuando existan hijos de otra relación, lo cual permite un trato más equitativo en la medida de lo

7 APARICIO CAROL, Ignacio, 2018, “Análisis práctico de la pensión alimenticia de los hijos en el actual Código Civil español: Posibles soluciones para los pleitos de familia”, [en línea], *Universidad Complutense de Madrid*, (tesis doctoral), pág. 237, Disponible en: <https://eprints.ucm.es/48049/1/T40030.pdf>

8 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNIARRAGA, L., 2014, *Algunas cuestiones polémicas...*, op. cit.

posible, y una mayor adaptación a las circunstancias”⁹.

El sistema anglosajón prevé asimismo la progresiva reducción de la pensión de alimentos a abonar dependiendo de las pernoctas que realice el hijo en casa del progenitor no custodio¹⁰, lo que hace que con el *shared care*, se tenga que seguir pagando la pensión acordada, pero en un porcentaje menor (50 %). Se “premia” de algún modo, con el pago de una pensión menor, el hecho de que ambos progenitores se involucren en el cuidado de los hijos y que mantengan un contacto más habitual, ocupándose durante esos periodos de convivencia de sus gastos. En la **Tabla 4** puede apreciarse la relación existente entre las noches que el padre custodio pasa y los gastos que debe soportar.

La actualización de la pensión de alimentos debería realizarse cada cinco años, y deberá asimismo ser consensuada nuevamente cuando se produzcan cambios en las circunstancias de los progenitores¹¹.

Sin embargo, en España, las tablas realizadas por el CGPJ no recogen ninguna información acerca de los requisitos necesarios para solicitar la modificación de medidas con respecto a la pensión fijada, algo que sí que recogen las tablas inglesas (marcando la necesidad de una variación porcentual del 25 % de los ingresos del progenitor contribuyente para poder modificar la cuantía fijada). Esto podría contribuir a reducir el número de procedimientos en relación con la modificación de medidas fijadas por sentencia de divorcio.

9 MARIN PEDREÑO, Carolina, MAGÁN ARCONES, Javier, 2014, “Pensión de alimentos; tendencia europea a las tablas”, [en línea], *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, pp. 31-37, pág. 33, Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/307829022_Pension_de_alimentos_tendencia_europea_a_las_tablas En España, la circunstancia de tener hijos de una nueva relación no supone por sí misma una razón para reducir la pensión de alimentos ya configurada, según recoge reiterada jurisprudencia, sino que se tienen que dar una serie de circunstancias, dependiendo del caudal de medios económicos con los que cuente la nueva unidad familiar y acreditar que el progenitor obligado al pago es el único que contribuye a la economía familiar (ATS de 22 de noviembre de 2017, Sección 1ª).

10 Ídem.

11 Explicado quizás de una manera muy informal, la situación a la que derivaría esto sería la siguiente: cuando uno de los progenitores viese incrementado su patrimonio (aumentos salariales, herencias...), debería informar al otro para o bien disminuir la pensión de alimentos que viniese pagando éste, bien para informar de que iba a aportar mayor cantidad a las necesidades de sus hijos. Sin embargo, normalmente, cuando se trata de modificar la pensión de alimentos suele ser para disminuirla; por tanto, este escenario de cooperación mutua en materia familiar económica resulta cuanto menos un tanto utópico.

2.2. Las tablas del Consejo General del Poder Judicial

En el año 2013, el Consejo General del Poder Judicial configuró unas tablas con una serie de medidores para determinar la pensión más adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias de cada familia, y extrayendo del cálculo los conceptos de educación y vivienda, que deberán añadirse a la cantidad obtenida. Estos gastos sí se tenían en cuenta en las tablas realizadas por el magistrado Don Antonio Javier Pérez, quien considera que el hecho de no introducirlos ofrece una imagen distorsionada de las pensiones reales necesarias. Las características de estas tablas, que se han configurado con ayuda del Instituto Nacional de Estadística, son:

- Tienen carácter orientativo, sin afectar en modo alguno a la independencia judicial de los magistrados.
- Su objetivo es la homogeneización de criterios en lo que a la definición de pensiones alimenticias se refiere.
- Para su utilización, es necesario determinar con carácter previo los ingresos de cada progenitor (en 12 mensualidades, prorrateadas las pagas extras y cualquier otro concepto que pueda percibirse).
- La concreción de los gastos extraordinarios también deberá realizarse separadamente.
- Las tablas no contemplan necesidades especiales en los menores perceptores de las pensiones, por lo que, en caso de que éstas existan, deberán computarse aparte.

A tal efecto, se han elaborado dos tipos de tablas, según se recoge el CGPJ¹²:

1º.- Tabla 1: Estimación del gasto de mantenimiento de los hijos en función del nivel de ingresos de los progenitores

“1.1.- Los Jueces repartirán el coste entre ambos progenitores según las circunstancias específicas del caso.

1.2.- Esta tabla es de aplicación en los supuestos de custodia compartida; dadas las muchas modalidades en la concreción de este tipo de guarda, uno de los modelos de reparto pudiera ser la proporción de tiempo de estancia del menor con uno u otro progenitor.

2º.- Tabla 2: Ofrece el reparto de tales costes en proporción a los ingresos de cada progenitor

Existe un problema en la aplicación de las mismas, y es que no pueden en

¹² CGPJ, *Tablas orientadoras para determinar las...*, 2013, op. cit.

ningún caso conceptualizarse de igual manera para todas las Comunidades de España, pues el gasto de sostenimiento familiar, dependiendo del lugar en el que se resida, varía considerablemente.

La mayor diferenciación reside en el precio de vivienda, tanto de alquiler como de compra. Los inmuebles en ciudades como Madrid o Barcelona pueden llegar a triplicar su precio en comparación con otras localidades. Por ello, son de aplicación índices correctores por comunidades autónomas y según tamaño de los municipios (tomando en consideración el municipio en el que el menor reside al ser el lugar donde se va a hacer efectiva la pensión), la cual es realizada automáticamente por la aplicación informática disponible en la web del CGPJ. Si el cálculo se efectúa manualmente, habrá que multiplicar la cantidad que ofrece la tabla –correspondiente a la media estatal (ver Anexo 1) – por los índices de la comunidad autónoma y del municipio correspondientes, sin importar el orden.

Para su elaboración se tienen en cuenta aquellos hogares en los que existe una pareja con al menos un hijo económicamente dependiente, entran en este grupo los menores de 16 años con un progenitor miembro del hogar y los menores entre 16 y 25 años que no cuentan con ingresos económicos, si al menos uno de los progenitores es miembro del hogar.

El uso de las tablas, si no están bien configuradas, puede generar incluso más problemas, pues al no tener en cuenta circunstancias personales y económicas trascendentales se distorsiona la realidad y puede generar conflictos.

Las cuantías que se tienen en cuenta para la aplicación de las tablas de alimentos son los ingresos netos¹³ del obligado al pago, sin deducir hipoteca o similares. Además, el coste obtenido no contempla el gasto de que se le imputa al menor, por lo que si hubiera hipoteca o alquiler debería añadirse la parte que correspondiera al coste estimado según este procedimiento. Tampoco se recogen los gastos relativos a educación, transporte escolar, comedor escolar, y alojamiento por motivos de enseñanza (residencias o estancias en el extranjero). Los costes relativos a estos conceptos, dependiendo del tipo de educación que se reciba, serán incrementados por el Juez. Tampoco se tienen

13 Según recoge el CGPJ, 2013, *Memoria explicativa...*, op. cit., pág. 6, “los ingresos netos salariales se calculan en 12 mensualidades con inclusión prorrateada de pagas extras y cualquier otro concepto que pueda percibirse (pluses de productividad, bonos por objetivos, etc, etc). En la determinación de los ingresos netos no se descontarán las retenciones de sueldo o anticipos que pueda soportar el preceptor, ni las cargas propias que se atiendan con dicho salario (hipoteca, alquiler), dado el carácter preferente de la pensión alimenticia en favor de los hijos menores”.

en cuenta circunstancias especiales de los hijos, como tratamientos médicos por enfermedades crónicas, o que tenga algún tipo de minusvalía.

Asimismo, no se contemplan ingresos del obligado al pago de la pensión de alimentos cuando perciba menos de 700 euros, pues se considera que en los tramos de rentas inferiores a esta cuantía debe estipularse la denominada pensión mínima o de subsistencia, que jurisprudencialmente variará según las distintas zonas geográficas y poblaciones. Si con posterioridad se superase ese nivel de ingresos, entonces podría actualizarse la pensión mediante la aplicación de la tabla adecuándola a los nuevos ingresos que perciba el obligado al pago.

La utilización de las tablas requiere la necesidad previa de determinar los ingresos netos de cada uno de los progenitores, calculados en 12 mensualidades anuales con inclusión prorrateada de pagas extras y cualquier otro concepto que pueda percibirse como pluses de productividad o bonos por objetivos. Además, en la determinación de los ingresos netos no se descontarán las retenciones de sueldo o anticipos que pueda soportar el perceptor, ni las cargas propias que se atiendan con dicho salario (hipoteca, alquiler) debido al carácter preferente de la pensión de alimentos de los hijos menores como beneficiarios de este derecho.

Esta herramienta puede ser utilizada en todo tipo de procedimientos: nulidad, separación y divorcio, guarda y custodia de hijos menores y alimentos (artículo 748-4º de la LEC), medidas provisionales previas, coetáneas y cautelares de los anteriores procesos, alimentos entre parientes y en las medidas cautelares de los procesos de filiación, paternidad y maternidad (artículo 768 de la LEC), ya sean competencia estos procesos de los Juzgados de 1ª Instancia, de Familia o de Violencia contra la Mujer. Igualmente se estima que las tablas pueden ser útiles en cualquier instancia: en primera instancia, fase de apelación ante la Audiencia Provincial y, si procediese, en casación ante el Tribunal Supremo¹⁴.

En la actualidad, no existe una aplicación generalizada de las tablas de pensiones de alimentos por parte de los operadores jurídicos. Los jueces, muchos de ellos reticentes a su uso según se desprende de la jurisprudencia relativa a estas cuestiones¹⁵, realizan un estudio global de la situación familiar

¹⁴ AEAFA, *Memoria orientativa...*, op. cit., pág. 7.

¹⁵ En este sentido, citamos algunas de las Sentencias más significativas: la STSJ de Aragón, de 1 de octubre de 2015 (Roj: STSJ AR 1373/2015, Ponente: Ignacio Martínez Lasierra) recoge que “los tribunales de instancia no deben someterse a unas tablas

concreta, en base a la cual realizan sus cálculos. Esto puede llevar a resultados dispares y cargados de subjetividad.

Por otro lado, para una correcta aplicación práctica de las tablas, sería totalmente imprescindible habilitar y poner a disposición de todos los operadores jurídicos un programa informático que permitiese obtener de forma sencilla e inmediata la cifra orientativa para la pensión a fijar. Según recoge AEFA, esto se encuentra articulado a través de la propia Intranet del CGPJ, del Punto Neutro Judicial, y, para permitir el acceso de los abogados y demás operadores jurídicos, a través de la página web del Consejo General del Poder Judicial¹⁶.

Su ventaja, la objetividad, es a su vez su mayor desventaja, pues no tienen en cuenta factores individuales que se dan en cualquier persona y que son imposibles de recoger en ninguna tabla generalista. Para poder determinar lo justo o injusto de la pensión de alimentos calculada en base a las tablas, sería

orientadoras, que no pueden privar de eficacia a los acuerdos entre las partes, adoptándose las medidas judiciales a falta de pacto entre los padres". La SAP Barcelona de 15 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/259984) hace mención a las tablas del Consejo en la siguiente línea: *"En el coste de la tabla, no se ha incluido ni el gasto de la vivienda, ni el coste escolar, por tratarse precisamente de cálculos estadísticos. Las diferencias de coste escolar en familias con el mismo o similar nivel retributivo desvirtúan el coste cuando se calcula la media, razón por la cual al coste orientativo del menor debe adicionarse el coste escolar, así como el de uso de vivienda o necesidad de vivienda según los casos. Ello no significa que debemos fijar una pensión de alimentos y acordar el pago por mitad o en el porcentaje que corresponda de los gastos de vivienda y gastos escolares, sino que podemos tener en cuenta todos estos gastos para fijar la pensión"*. Las tablas encuentran enormes dificultades de aplicación en la mayoría de los casos, y así se ha puesto de manifiesto, entre otras sentencias, en la SAP Santa Cruz de Tenerife de 1 de octubre de 2015 (EDJ 2015/262937): *"El último motivo de impugnación, como ya se mencionó, hace referencia a la cuantía de la pensión alimenticia señalada en la instancia, que entiende el recurrente se encuentra por encima del mínimo vital que establece la jurisprudencia y dentro de las tablas de memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial"*. La SAP Córdoba de 8 de abril de 2015 (Roj: SAP CO 411/2015, Ponente: Pedro Roque Villamor Montoro) establece que *"[...] la parte toma en consideración el salario durante los meses en que trabaja la Sra. Soledad, pero sin tener en cuenta que el resto de meses del año no tiene otros ingresos distintos de los que se puedan derivar de la prestación de desempleo, por lo que no tiene sentido fijar su pensión atendiendo a determinadas tablas al uso"*.

¹⁶ AEFA, *Memoria orientativa...*, op. cit., pág. 4.

necesario incluir más datos obtenidos de la situación personal de esta familia: ¿El obligado al pago cuenta con una segunda vivienda? ¿Qué tipo de educación reciben los hijos, pública, concertada o privada? ¿Alguno de ellos tiene necesidades especiales? ¿En qué zona de la localidad indicada residen? Por tanto, para poder determinar la cuantía exacta y ajustada a la realidad de esta familia en concreto, ambos deberán sentarse y poner encima de la mesa todas las circunstancias que les rodeen para así poder llegar a un acuerdo justo y, sobre todo, duradero en el tiempo en la medida de lo posible.

Las tablas de baremación de alimentos, tal y como están actualmente configuradas, son una guía orientadora para los abogados cuando el cliente llega al despacho, pues le permite otorgar información a las partes. Sin embargo, no puede considerarse que a día de hoy sean una herramienta efectiva para evitar conflictos, pues sirven exclusivamente como apoyo para el trabajo de los operadores jurídicos cuando el conflicto ya se ha judicializado. Es necesaria una labor de difusión mayor para dar a conocer esta herramienta, además de una necesaria reforma de la misma para que se adecue a la realidad social y tenga en cuenta factores económicos tan relevantes como son el precio de la vivienda, o la posibilidad de que alguno de los hijos menores tenga necesidades especiales.

3. Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura

Escribir sobre pactos prematrimoniales en previsión de ruptura significa hacerlo sobre “la transformación social del concepto de familia, e incluso, de las nuevas formas de familia”¹⁷. El progresivo reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, en lo que respecta al modo de gestionar su vida familiar, ha traído como consecuencia la aceptación y generalización de los denominados pactos prematrimoniales en previsión de ruptura¹⁸, que

17 ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., 2009, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, en RAMS ALBESA, Joaquín, (Coord.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Madrid, Dykinson, pág. 275. Parece, según recoge el autor, que la realidad social ha desbordado a los legisladores, que en determinados ámbitos parecen no adaptarse a la nueva realidad, y mientras la sociedad opta por configurar a su gusto la relación de pareja, “los Estados siguen creyendo que ellos son los herederos del páter familias romano, haciendo ver a sus ciudadanos que lo mejor que les puede pasar es que en sus vidas pasen por la hipertrofia normativa a la que les someten”.

18 La regla general es que este tipo de pactos se concreten antes del matrimonio,

pueden definirse como “negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio o se encuentran en situación de normal convivencia matrimonial, regulan total o parcialmente las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura o disolución de su matrimonio sea por separación o divorcio”¹⁹.

Mediante esta herramienta, cada vez más utilizada a nivel internacional, los cónyuges afrontan de una manera realista su relación, “y pueden regularla de conformidad con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, los cuales pueden no coincidir con los establecidos con carácter general por el legislador en las normas sobre efectos del divorcio o la muerte de uno de los cónyuges”²⁰.

Los pactos en previsión de ruptura encuentran su origen en el derecho anglosajón. Su característica principal es que se conciertan con carácter previo a que se dé la crisis matrimonial, antes o después de la celebración del matrimonio²¹. Pueden asimilarse en su carácter a las capitulaciones matrimoniales, pero también cuentan con puntos en común con los convenios reguladores, al poder contener estipulaciones recogidas en el artículo 90 CC, si bien es cierto que los acuerdos prematrimoniales en España normalmente han revestido la forma de capitulaciones matrimoniales.

pues carecería de sentido su inclusión una vez la crisis matrimonial se ha producido. Sin embargo, dado su carácter dispositivo, los cónyuges podrán estipular los principios que regularán su matrimonio en cualquier momento de la relación. Incluso se permite su materialización cuando la crisis matrimonial ya se ha producido, distinguiendo por tanto tres tipos de acuerdo: los acuerdos prematrimoniales, los acuerdos celebrados durante el matrimonio y los acuerdos celebrados una vez ya se ha producido la crisis matrimonial. Vid. ANTÓN JUAREZ, Isabel, 2019, “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: El test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles”, [en línea], *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, Vol. 11, Nº 1, pp. 82-111, Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4615>.

19 PINTO ANDRADE, Cristóbal, 2010, “La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura”, [en línea], *Noticias Jurídicas*. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4575-la-generica-validez-de-los-pactos-y-acuerdos-matrimoniales-en-prevision-de-la-ruptura/>.

20 GARCÍA RUBIO, María Paz, 2005, “Acuerdos Prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en Derecho de Familia”, [en línea], *Ponencia en las Jornadas de Derecho Catalán en Tossa*, Disponible en: <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/11161>.

21 Aunque en este punto nos refiramos a matrimonio, la jurisprudencia admite este tipo de pactos en relaciones *more uxorio*.

Sin embargo, *grosso modo*, la configuración de esta herramienta en España coincide sólo parcialmente con la idea subyacente de las capitulaciones matrimoniales, cuyo contenido ha estado limitado, de manera tradicional, a “atribuciones de bienes, estipulaciones sobre la economía conyugal y otros pactos sucesorios”²².

Las capitulaciones podrán utilizarse para algo más que la mera regulación económica de la pareja, debido a que “en el *instrumentum* nupcial caben pactos de muy diversa índole; por de pronto, y aun sin relación con el matrimonio, cualesquiera negocios de los que pueden constar en escritura pública; además, negocios familiares y sucesorios cuyo contenido tampoco es matrimonial”²³.

Además, existen requisitos de forma para otorgar capitulaciones matrimoniales, ya que el artículo 1.327 CC exige que se formalicen en escritura pública. Esta rigidez formal “no se puede predicar a la luz del ordenamiento jurídico español recaiga también sobre los acuerdos prematrimoniales, que solo tienen como objetivo hacer previsiones sobre una posible ruptura”²⁴. Por tanto, éstos podrán recogerse en documento privado y ser perfectamente válidos. Es decir, no todos los pactos en previsión de ruptura pueden considerarse capitulaciones matrimoniales, pero mucho del contenido que se pacta en capitulaciones podrá coincidir con el del acuerdo prematrimonial y constituir así un documento heterogéneo.

Este tipo de pactos tiene un interés especial en aquellos casos de familias reconstituidas “en las que la existencia de hijos no comunes y de patrimonios de cierta entidad anteriores al matrimonio constituyen importantes y específicos factores escasamente tenidos en cuenta, al menos hasta ahora, por el legislador. Hay que pensar que muchas personas que contraen matrimonio

²² Vid. GARCÍA RUBIO, M.P., 2005, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo...*, op. cit., pág.1.

²³ ANGUITA VILLANUEVA, L., 2009, *Acuerdos prematrimoniales: del modelo...*, op. cit., pág. 309.

²⁴ Véase ANTÓN JUÁREZ, I, 2019, *Acuerdos prematrimoniales en previsión...*, op. cit., pág. 85. Sin embargo, otros autores como ALLUEVA AZNAR, L., 2014, *Los requisitos para la...*, op. cit., pág.7, consideran absolutamente imprescindible otorgar a los acuerdos prematrimoniales carácter público, pues la falta de cumplimiento de este requisito “comportará la invalidez del pacto y la consecuente eficacia del mismo. Se puede afirmar que el requisito de escritura pública tiene básicamente una función solemnizadora del pacto”. El objetivo del legislador con esta exigencia es proteger a la parte más débil en la negociación, asegurando que no existe vicio en el consentimiento.

ya han pasado por una anterior crisis matrimonial y por la mala experiencia previa quieren impedir que una nueva separación o divorcio suponga una repetición de aquella situación”²⁵. El objetivo principal que persigue es prever problemas que puedan surgir como consecuencia de la crisis matrimonial, tratando de anticiparse a ésta y de solucionar los problemas surgidos sin que deba intervenir un tercero, normalmente un Juez.

3.1. Regulación legislativa de los pactos prematrimoniales

Estos pactos no se encuentran regulados de manera expresa en nuestro Código Civil, siendo recogidos exclusivamente (igual que ocurre con otras muchas figuras) por las legislaciones autonómicas.

Sin embargo, a pesar de esta falta de regulación, son muchos los preceptos legales del CC²⁶ que apoyan la validez de los mismos, pues los cónyuges, siempre y cuando los pactos alcanzados no contravengan la ley, la moral o el orden público, cuentan con plena autonomía para estipular lo que consideren. Los pactos prematrimoniales son, al fin y al cabo, contratos, y, como tales, se someten a la normativa general sobre contratos, a pesar de su carácter especial, que viene dado principalmente por el tipo de relación existente entre las partes.

Todas las características de los pactos en previsión de ruptura los convierten en negocios jurídicos complejos por tres razones²⁷: Por la relación afectiva existente entre las partes, por el lapso temporal transcurrido entre su perfeccionamiento y ejecución, y por el objeto del pacto, al prever situaciones que en el momento de la firma todavía no se han producido.

25 PINTO ANDRADE, C, 2010, *La genérica validez de los...*, op. cit.

26 Art. 1091 CC: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

Art. 1255 C.C: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público”.

Art. 1323 C.C: “Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

Art. 1325 C.C: “En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”.

27 Vid. ANTÓN JUAREZ, I., 2019, *Acuerdos prematrimoniales...*, op. cit., pág. 111.

3.2. Regulación legislativa a nivel autonómico de los pactos prematrimoniales

3.2.1. Cataluña

La regulación de los pactos en previsión de ruptura por el legislador catalán supone una importante novedad y una adaptación a los cambios sociales²⁸; de hecho, el Derecho catalán es el que recoge de manera más extensa este tipo de acuerdos.

El Art. 15.1 del CCCat. admite que se acuerde como contenido propio de las capitulaciones matrimoniales todo pacto lícito que los cónyuges estimen conveniente, *“incluso en previsión de una ruptura matrimonial”*. El Tribunal Superior de Justicia se pronunció por primera vez sobre su validez en Sentencia de 12 de julio de 2012, sentencia relevante por el hecho de que *“se pronuncia sobre la importancia de los requisitos que deben cumplir los pactos en previsión de ruptura matrimonial para ser considerados válidos”*²⁹.

El artículo 231-20.1 del CCCat establece que *“los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capitulaciones matrimoniales o en escritura pública*. Es decir, el legislador catalán diferencia de manera expresa las figuras de pactos en previsión de ruptura y las capitulaciones matrimoniales, teniendo, en todo caso, ambos forma pública.

Pueden encontrarse en la legislación catalana una serie de requisitos necesarios, más allá de las obligaciones formales, para que estos pactos tengan validez:

28 Hace unos años, esta herramienta se contemplaba como una excentricidad importada de América. Sin embargo, con el paso del tiempo, y como consecuencia del inexorable proceso europeo de aceptación de la autonomía privada de los miembros o futuros miembros de la pareja matrimonial en ámbitos en los que tradicionalmente se había prohibido, un mayor número de ordenamientos jurídicos lo han acogido”. ALLUEVA AZNAR, Laura, 2013, “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, [en línea], *Revista Indret*, Barcelona, pág.3. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/952_es.pdf.

29 STSJ de Cataluña 46/2012, Sala de lo Civil y lo Penal de 12 de julio de 2012 (Roj: STSJ CAT 8894/2012, Ponente: Carlos Ramos Rubio). En este procedimiento, la esposa firmó un pacto prematrimonial por el que renunciaba de forma irrevocable a cualquier derecho que le pudiera corresponder con respecto de los bienes muebles o inmuebles del matrimonio, sin elevar el documento a escritura pública. El TSCJ entendió, contrariamente a lo dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, *“que los pactos celebrados entre los cónyuges en previsión de ruptura matrimonial, hechos en documento privado y con la presencia de dos testigos, no eran válidos a la luz de la normativa aplicable”*.

Información exhaustiva: los futuros cónyuges “deberán informarse recíprocamente sobre su situación patrimonial con la finalidad de que el pacto se celebre con pleno conocimiento y así puedan formar correctamente su voluntad”³⁰.

Asesoramiento independiente: el artículo 231-20.2 establece que las partes deben ser informadas de manera independiente por un notario de la situación patrimonial, por varios motivos; para informar a ambos de las consecuencias que tiene el contenido de los pactos acordados; para advertir a las partes de la obligación que tienen de informarse recíprocamente de su patrimonio, sus ingresos y expectativas económicas; para asegurarse de que el consentimiento otorgado es libre e informado y no se ve viciado por la presencia del otro cónyuge³¹. Se recomienda asimismo el asesoramiento por separado de un abogado, pues la función del notario será la de asegurar la legalidad de lo pactado, pero entre sus competencias no se encuentra la de negociar o defender los intereses específicos de las partes.

Claridad de las cláusulas: así lo recoge el artículo 231-20.3 CCCat: “*Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia*”.

Obviamente, estos pactos no podrán ser contrarios al orden público, deberán respetar ante todo el interés superior del menor (arts. 233-3-1 y 233-5.1) y no atentar contra los derechos fundamentales o ser claramente perjudiciales para una de las partes.

Este tipo de pactos, conforme están regulados en la legislación catalana, suponen una importante seguridad jurídica para los contrayentes, la cual se considera especialmente necesaria en aquellas parejas con elemento interregional o internacional³².

3.2.2 Aragón

En el Art. 3 de la *Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*, de Aragón, se contempla que los cónyuges puedan regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, lo que, conjugado con el conocido principio libertad de voluntad civil (*Standum est chartae*) característico de la normativa foral aragonesa, hace pensar que se

³⁰ ALLUEVA AZNAR, L., 2013, *Los requisitos para la validez...*, op. cit., pág. 10.

³¹ *Ibídem*, pág. 11. De hecho, en países como Reino Unido o Australia el asesoramiento, aunque deseable, no es obligatorio.

³² *Ibídem*, pág.15.

refiere a algo más que a estrictas cuestiones económicas. Lo confirma el Art. 15 de la mencionada Ley, cuando autoriza a que en capítulos matrimoniales pueda determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial.

3.2.3 Comunidad Valenciana

En el mismo sentido se mueve el Art. 25 de la *Ley Valenciana 10/2007 de 20 de marzo de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano*, cuando señala que en las capitulaciones matrimoniales (también llamadas Carta de Nupcias), se puede establecer “*el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio*”.

Del mismo modo que ocurre en Cataluña y en Aragón, la legislación valenciana hace especial hincapié en el principio de “libertad civil” como elemento característico propio de su legislación matrimonial.

3.2.4 Galicia

En el Art. 172 de la *Ley 2/2006 de 14 de junio de 2006 de Derecho Civil de Galicia*, se señala que los cónyuges “*podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad de gananciales y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal*”.

En Galicia, al igual que en la mayor parte del territorio nacional, el régimen supletorio aplicable es el de régimen de sociedad de gananciales. E igual que en la legislación nacional, podrán pactarse antes del matrimonio o durante el mismo, deberán formalizarse en escritura pública, y podrán recoger cualquier pacto relativo al régimen económico matrimonial, con las limitaciones establecidas en la ley. La disposición adicional 3ª de la Ley 2/2006 permite pactar el régimen de separación de bienes en casos de parejas de hecho, siempre ante notario y debiendo ser el documento elevado a escritura pública.

3.3. Contenido de los pactos prematrimoniales

El contenido de las capitulaciones matrimoniales es uno de los puntos más conflictivos a la hora de proceder a su redacción. En realidad, podrán recoger todas las estipulaciones que los cónyuges deseen, siempre y cuando no se contravenga el artículo 1255 CC.

Normalmente, la mayor parte de las cláusulas que se recogen tienen contenido patrimonial, y las más frecuentes son las siguientes:

Renuncia al uso de la vivienda familiar: esta cláusula será válida siempre y cuando el interés superior del menor, en el caso de existir hijos comunes al matrimonio, quede cubierto. El contenido sobre la atribución de la vivienda puede ser variado; vender en un plazo determinado de tiempo, atribuir el uso a uno de los cónyuges a cambio de una contraprestación económica, o adjudicación a uno de ellos.

Renuncia a la pensión compensatoria, o a la compensación económica recogida en el artículo 41 del Código Civil Catalán: puede parecer un tanto extraño renunciar a la pensión compensatoria en un momento en el que se desconocen las circunstancias económicas futuras de la pareja. Sin embargo, la jurisprudencia otorga validez a este pacto al ser la pensión compensatoria un derecho disponible por las partes.

Atribuir una prestación patrimonial no exigida por la ley, siempre y cuando se respeten los artículos 90.2, 1255 y 1265 CC, tanto si ésta se fija como única asignación o se establece de manera periódica.

Mantener una empresa familiar constituida constante la sociedad de ganancias, aunque los cónyuges decidan divorciarse, dado el carácter dispositivo del art. 1406.2 CC: *“Cada cónyuge tendrá en derecho a que se incluyan con preferencia, hasta donde éste alcance, la explotación económica que gestione efectivamente”*.

Renunciar a determinadas ganancias del otro cónyuge.

Se considerarán nulos de pleno derecho todos aquellos pactos que recojan pactos de matrimonio abierto, donde se permite a los cónyuges mantener relaciones adúlteras, por ser contrario a la moral y al orden público. También sería nulo cualquier pacto que prohibiese la separación y el divorcio, o que recogiese causas para instar el procedimiento, pues en España ya no existe divorcio culpable. Del mismo modo, y en relación con los hijos, “el carácter de orden público de las normas reguladoras de los deberes para con los hijos menores impone la ilicitud de los pactos destinados a imponer la no exigibilidad

a uno o ambos progenitores de sus deberes para con los hijos”³³. Sin embargo, esto no significa que haya que desechar la posibilidad de incluir todo pacto relativo a los hijos, como, por ejemplo, que ambos cónyuges se comprometan al ejercicio de la custodia compartida con sus hijos, incluso antes de haber nacido éstos.

El hecho de que los cónyuges, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, se animen a realizar este tipo de acuerdos solamente puede valorarse como algo positivo. Nada puede asegurar que el acuerdo vaya a poder ser ejecutado en un futuro, al entrar en juego otros principios generales del derecho (debemos citar dos principios evidentes: el interés superior del menor y la cláusula general *rebus sic stantibus*).

Una de las ventajas principales es la reducción de costes económicos derivados de un procedimiento judicial. Se reducen, asimismo, los costes emocionales derivados de la ruptura, pues las partes son conscientes de antemano de cómo se va a regular su separación o divorcio, por lo que se reduce el margen de conflicto.

El inconveniente más claro es que, normalmente, la posición negociadora de una de las partes suele ser inferior a la de la otra. Si el contenido de las mismas no queda lo suficientemente claro, puede ser fuente de conflictos en cuanto a su interpretación.

Por otro lado, puede ocurrir que, en el momento de su cumplimiento, las obligaciones en él contenidas se hayan convertido en inexigibles por haberse producido un cambio sustancial en las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento de su formalización. Será necesario, por tanto, tener en cuenta de cara a reconocer dicha situación de inexigibilidad, “el tiempo transcurrido entre la celebración y la reclamación del cumplimiento del pacto, así como la presencia o no de hijos o de otras personas dependientes de uno o ambos cónyuges, la aparición de enfermedades inesperadas y otras eventualidades similares”³⁴.

Los límites a cualquier pacto son los siguientes: (i) Que los acuerdos no dañen directa o indirectamente a los hijos, que no son parte en el acuerdo; (ii) Que no contengan asignaciones discriminatorias de derechos entre los cónyuges; (iii) Que la situación que resulte del acuerdo no sea gravemente discriminatoria para uno de los cónyuges³⁵.

33 Vid. GARCÍA RUBIO, M.P., 2005, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo...*, op. cit., pág.3.

34 Ídem.

35 Vid. CARRASCO PERERA, Ángel, 2006, *Derecho de familia: Casos. Reglas. Argumentos*, Madrid, Dilex, 13ª Ed., pág. 52.

4. El Plan de Parentalidad

Llegamos a la figura del Plan de Parentalidad, de inclusión obligatoria dentro del procedimiento de separación, nulidad o divorcio, así como de medidas paternofiliales según jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos en los que se solicite la guarda y custodia compartida.

En nuestro país, el Plan de Parentalidad fue introducido por el CCCat en el año 2010, como un “instrumento para concretar la forma en la que ambos progenitores van a ejercer sus responsabilidades parentales tras la separación, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos”³⁶. Aunque recibe otras denominaciones según la legislación de la Comunidad Autónoma que regule la figura, debemos tomar como referente el modelo catalán y la legislación que lo regula, al ser el más completo y novedoso.

Sería conveniente precisar alcance y obligatoriedad de los extremos recogidos en el Plan de Parentalidad, pues de no hacerse, se puede llegar a convertir “en mero desiderátum o recomendación a los progenitores huérfano de valor jurídico obligacional”³⁷.

De lo que no cabe duda es que, cuando el plan lo configuran palabra a palabra ambos progenitores, teniendo en cuenta las circunstancias de una familia que nadie conoce mejor que ellos mismos, el acuerdo será asumido y ejecutado con mayor facilidad que si el mismo es impuesto por un tercero ajeno a ellos, que solamente tiene acceso a aquellos datos aportados al procedimiento, pero no a la esencia de la familia, y que decidirá en base a unos preceptos generales y objetivos que, en modo alguno, tienen por objetivo satisfacer a las partes.

Podemos definir el Plan de Parentalidad, *grosso modo* y con carácter meramente introductorio, como el documento que recoge de manera pormenorizada todas las cuestiones relativas al cuidado de los hijos, una vez los progenitores deciden poner fin a su relación, y que se presenta junto con el Convenio Regulador, sin confundirlo con éste.

En el mundo anglosajón se configuran como “un instrumento determinante para ordenar de manera eficaz las relaciones de los progenitores tras el divorcio”³⁸. Tiene además una naturaleza preventiva, con pretensión de ade-

36 Recogido en el Preámbulo del Código Civil Catalán.

37 GONZÁLEZ DEL POZO, J. P, 2014, *Comentarios a la regulación...*, op. cit.

38 Vid. LAUROBA LACASA, Elena, 2018, “Instrumentos para una gestión construc-

lantarse a los futuros elementos sorpresa que surjan durante la vida de los hijos comunes.

La *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, recoge que se debe presentar un documento concretando el Plan de Parentalidad, junto con el Convenio Regulador de la separación o divorcio, con carácter obligatorio para todos los casos, ya sean de mutuo acuerdo o contencioso. En el preámbulo de la citada Ley se define del siguiente modo: *“Instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. En esta línea, se facilita la colaboración entre los abogados de cada una de las partes y con psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales independientes, para que realicen una intervención focalizada en los aspectos relacionados con la ruptura antes de presentar la demanda. Quiere favorecerse así la concreción de acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos”*.

La finalidad del Plan de Parentalidad se resume en la concreción de los compromisos asumidos por los progenitores respecto de la guarda y educación de los hijos menores, así como la previsión del ejercicio de las responsabilidades parentales. La forma en la que se aporta dicho plan es como documento anexo al Convenio Regulador, pero no incluido en el mismo. Por tanto, y una vez detalladas de manera general algunas características del Plan de Parentalidad, podemos concluir que no es una figura equiparable al convenio regulador, sino que se adjunta al mismo y lo complementa³⁹.

En nuestro país, como he indicado, Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma en regular esta figura, siendo posteriormente impulsada en otras

tiva de los conflictos familiares: mediación, Derecho colaborativo, arbitraje ¿y?” [en línea], *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, pág. 27, Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1417.pdf>

39 Tampoco debemos confundirlo con figuras de creación reciente como el Pacto de Relaciones Aragonés (art. 77 CFA, o el Pacto de convivencia familiar recogido en el art. 3, de la Ley 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven), porque ambos documentos sí son equiparables al convenio regulador.

comunidades como Aragón, País Vasco o Navarra, donde recibe nombres diferentes y cuenta además con características dispares.

En España no existe una regulación a nivel estatal de esta figura a fecha actual, a pesar de haberse recogido en el fallido Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental en el año 2015. Sin embargo, en otros países cuenta con un avanzado desarrollo, impulsado en muchos casos por los propios Gobiernos y dentro de las políticas de protección a la familia.

4.1. Derecho comparado: los planes de parentalidad en los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales

El desarrollo de esta figura en otros ordenamientos jurídicos es muy anterior a la regulación en nuestro país. Así pues, Estados Unidos, Canadá o Australia han servido como modelo para la implantación progresiva en España, a pesar de que la misma a fecha actual continúa siendo pobre. Son muchos los Juzgados que, debido a la falta de normativa estatal homogénea, no solicitan de manera preceptiva la presentación de un plan de parentalidad para poder otorgar la guarda y custodia compartida de los menores, salvo excepciones a nivel autonómico, en muchas ocasiones por desconocimiento absoluto de la figura.

4.1.1. Estados Unidos

El país pionero en la regulación y utilización de los planes de parentalidad ha sido EEUU⁴⁰, siendo numerosos los Estados que establecen de manera preceptiva la presentación de este documento⁴¹. Los beneficios de permitir a las partes inmersas en una crisis familiar crear sus propios acuerdos sobre las consecuencias de dicha crisis son más que evidentes, según el *American Law Institute* (ALI).⁴² En primer lugar, la autonomía contractual motiva a las

40 Partimos de la base de que en EEUU existe una cultura de mediación y negociación muy desarrollada, incluso adquiere carácter obligatorio antes de la presentación de la demanda. En algunos Estados, concretamente en el Estado de Louisiana, existen seminarios disponibles para los progenitores para orientarlos en cómo ser padres tras la ruptura.

41 En algunos Estados como Montana, Missouri y Washington es obligatoria su presentación en todos los asuntos que versen sobre la guarda de los menores; en Arizona y Alabama solamente en aquellos casos en los que se solicita la guarda y custodia compartida; en Texas, en caso de fijarse la guarda compartida.

42 American Law Institute, 1990, "Principles of the law of Family dissolution: analysis and recommendations", *Dyke Journal of Gender law and policy*. Volume 8:1,

partes a pensar de manera realista sobre su relación, a anticipar problemas futuros en el desarrollo de la vida familiar y a planear sobre ellos. En muchos casos, el proceso de planear acerca de cuestiones no previsibles ayuda a las partes a tomar mejores decisiones. Esta previsibilidad contribuye a reducir los litigios y a personalizar los acuerdos, es decir, a adaptarlos a las circunstancias particulares de cada familia, siempre y cuando los mismos respeten el mejor interés del menor, principio inexcusable en la legislación americana. Además, los acuerdos aportan a las partes certeza sobre el futuro y sobre las consecuencias de sus actos.

A pesar de que un alto porcentaje de acuerdos sobre guarda y custodia se establecen por acuerdo de los padres, las leyes de varios Estados recogen el deber de revisarlos para comprobar si cumplen los intereses de los menores. Esta *post-revisión* refleja las preocupaciones existentes sobre cómo los padres van a encarar su crisis matrimonial, incluyendo el temor existente a que puedan comprometer los intereses de sus hijos en favor de los suyos propios.

El ALI define el plan de parentalidad como un “conjunto de decisiones individualizadas y personalizadas acerca de la custodia y de los acuerdos alcanzados sobre los hijos de aquellos progenitores que no conviven”. Los padres deben incluir un plan de parentalidad a su demanda de divorcio, que será aprobado por el Tribunal con excepciones limitadas⁴³. Cuando los padres se muestran disconformes en la articulación del mismo, será el Juzgado el que deberá formular uno.

Como parte de este proceso de “creación” del plan de parentalidad, los jueces deben contar con procedimientos para identificar casos en los cuales hay indicios de que se ha producido algún tipo de abuso infantil o de violencia doméstica. Este requisito ayuda a que los progenitores que sufren algún tipo de violencia entiendan el procedimiento y sus derechos, así como los recursos con los que cuentan para encarar esta situación.

También se identifican por parte del Juzgado los casos en los que existe una preocupación especial sobre la existencia de una manipulación o coacción a la víctima, y, sobre todo, por la seguridad de los menores, de modo que se constituye como obligación del Juez que los acuerdos de parentalidad sean voluntarios y que no sean perjudiciales para los menores.

(Traducción propia). Disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp>

43 Como ocurre en España, los acuerdos entre progenitores no serán aprobados si se considera que pueden ser lesivos para el interés del menor.

En conclusión, en EEUU, el plan de parentalidad (en adelante PP) no es un simple compendio de quién gana la custodia o quién va a visitar los hijos⁴⁴. La aceptación de esta figura implica que cada progenitor jugará de manera ordinaria un papel importante con carácter regular en la vida de los niños. El plan debe recoger todos los acuerdos al detalle, especificando los tiempos en los cuales cada uno de los padres tendrán la responsabilidad de sus hijos. También designar quién debe tomar las decisiones importantes con respecto a la educación salud y cuidado de los hijos, así como otras materias de relevancia relacionadas con el ámbito religioso, salidas al extranjero o actividades extraescolares. Debe contener, asimismo, previsiones de cambios que se puedan producir y resolver futuras disputas sobre materias que puedan no ser anticipadas (por ejemplo, cambios en el domicilio familiar).

El PP mueve a los padres hacia planes más ricos y plenos que las limitaciones de los tradicionales regímenes de visitas o guarda y custodia, términos que pueden llegar a ser evidentes y que representan y ayudan a perpetuar un paradigma del divorcio adversarial⁴⁵.

Es necesario, por tanto, utilizar términos más inclusivos que expresen la previsión ordinaria de que ambos progenitores tienen plenas responsabilidades con respecto de sus hijos tras el divorcio.

Para facilitar el acuerdo y ayudar a los padres a focalizar las negociaciones en los intereses de los menores, se estipula que el juzgado podrá facilitar a los padres sesiones informativas de mediación u otras formas de resolución de conflictos.

Los PP reducen, por otro lado, la necesidad de realizar predicciones sobre el futuro y, por consiguiente, se reducen asimismo los gastos económicos y la incertidumbre continua sobre los incumplimientos o la interpretación de las cláusulas recogidas en el acuerdo, puesto que las mismas se detallarán de manera exhaustiva y, por tanto, en la medida de lo posible, sin que puedan dar lugar a error en su lectura.

Precisamente por ello, es conveniente que los PP contengan una cláusula sobre resolución de conflictos futuros. Haciendo esto, tratan de predecir

44 De lo recogido en este párrafo se puede extraer que, en EEUU, la presentación del plan de parentalidad es obligatoria siempre en los casos de crisis familiar, independientemente de que se establezca una custodia compartida o exclusiva, situación que a fecha actual no es similar en España a nivel práctico.

45 Se refieren en el texto al tradicional “*win-lose*”, en el que una de las partes aparece como perdedora y la otra como vencedora, términos que en Derecho de Familia deben ser evitados en la medida de lo posible.

cambios futuros o cómo actuar en caso de desacuerdo, anticipándose y planificando esa situación extraordinaria. Los progenitores pueden en este punto aceptar alguna de las alternativas al litigio, menos costosas, más duraderas en el tiempo y menos adversariales, a pesar de que no todos los resultados de estos mecanismos extrajudiciales sean necesariamente finales; es decir, a las partes siempre les queda abierta, en caso de imposibilidad de acuerdo, la vía judicial.

Si bien a nivel federal tiene un carácter dispositivo, en la mayor parte de los Estados americanos se plantea como un requisito imprescindible para adjuntar a la demanda llegando, incluso, a ser un motivo de apelación ante el tribunal superior jerárquico. Siguiendo las pautas establecidas por el ALI, el mejor enfoque legal a un conflicto familiar será aquel que prevea la probabilidad de futuros cambios en la vida del menor y desacuerdos en su crianza, y provea sobre los mismos, puesto que las cláusulas contenidas en el PP deberán planificar las necesidades futuras del menor y anticiparse a estas situaciones.

Los tribunales del Estado de Massachusetts proponen un plan especialmente detallado, realizando una clasificación del tipo de medidas a tomar dependiendo de la edad de los menores a los que les afectan, identificando las siguientes etapas⁴⁶: de 9 a 18 meses *Infant; Baby*; de 18 a 36 meses; de 18 a 36 meses (*toddler*); de 3 a 5 años (*pre-school*); de 6 a 9 años (*early school*); de 10 a 12 años (*late school age*); de 13 a 15 años (*early adolescents*); de 16 a 18 años (*late adolescents*), con prescripciones específicas para cada una de las franjas de edad.

Ahora bien, existen limitaciones en los casos en los que se ha producido algún tipo de violencia en el ámbito familiar, teniendo en cuenta los riesgos existentes para los menores. En estos procedimientos, se requiere al Juzgado para que realice un examen previo de los menores y una revisión de los acuerdos entre progenitores, cuya presentación en estos casos es obligatoria. Se prohíbe al Juzgado requerir a los padres para participar en encuentros “cara a cara”, o enfrentarlos en una mediación obligatoria.

La existencia de un abuso doméstico (así se define en inglés), requiere de medidas especiales en el plan de parentalidad para proteger el interés del menor o de la víctima. Si es necesario, el Juzgado podrá limitar el acceso al menor a la persona que ha cometido el acto delictivo. Estas limitaciones son

46 LAUROBA LACASA, E., 2014, “Los planes de parentalidad, una herramienta...”, en *Patria Potestad...*, op. cit., pág. 284.

necesarias también cuando existen otros factores de riesgo, como el abuso de alcohol o drogas, o cuando existen interferencias en el ejercicio de la guarda y custodia. También se requiere una investigación judicial o el nombramiento *ad litem* de un abogado o guardián del menor.

4.1.2. Canadá

Un plan de parentalidad es un documento escrito que delinea cómo los padres deben criar a sus hijos tras la separación o el divorcio. Este documento “no tiene que contener términos legales; se puede enfocar a describir compromisos parentales: cómo se toman las decisiones relativas a los menores, cómo debe ser compartida la información sobre los mismos, cuánto tiempo pasan los padres con los hijos...”⁴⁷.

Este documento debe reflejar los intereses y las necesidades de los menores, y puede además ayudar a reducir el conflicto entre los progenitores estableciendo de manera clara las expectativas y las pautas que van a regir la relación.

Según se recoge en el documento elaborado por el Ministerio de Justicia, *Parenting Plan Checklist*, las investigaciones muestran que las oportunidades de los menores de hacer frente de manera exitosa al divorcio o separación de sus padres son mayores si éstos cooperan entre sí. El Plan de Parentalidad, para ser útil, debe estar lo suficientemente detallado, pero también ser flexible para ser realistas. Para ello, se ofrece a los progenitores un listado de todo el contenido que tiene cabida en un plan de parentalidad (lo llaman *checklist*), y de manera consensuada incluyen lo que corresponda a las circunstancias de cada familia.

Es necesario tomar en consideración la edad de los menores y la capacidad de crianza de los progenitores, con la idea de que el plan de crianza puede ser útil para minimizar el conflicto al quedar muy claras las pautas de cuidado de los hijos; por ello, se exige que sea muy exhaustivo.

El PP no contiene asuntos relacionados con la división de patrimonios de la pareja. Por otro lado, la Agencia de Salud Pública de Canadá cuenta con mecanismos para ayudar a los niños inmersos en la separación y el divorcio.

En casos de violencia de género, del mismo modo que ocurre en EEUU, es necesario tomar una serie de precauciones especiales en su redacción.

⁴⁷ Vid. Ministerio de Justicia de Canadá, 2015, *Parenting Plan Checklist*, [en línea]. Disponible en: <http://www.justice.gc.ca/eng/fl-df/parent/ppc-lvppp/ppc-lvpp.pdf>

El Ministerio de Justicia de Canadá realiza un exhaustivo listado⁴⁸ sobre el contenido que un plan de parentalidad debe contener: Horarios, lugar de residencia, maneras de contactar con la familia extensa, consentimiento para viajar al extranjero, entre otros muchos ítems regulados.

Se ofrece de este modo (puede consultarse en la página web) a los progenitores una lista exhaustiva de todos los puntos que pueden o deben ser recogidos en el PP, de tal modo que, si todas las cuestiones pueden ser previstas antes de que sucedan, y las mismas están pactadas previamente, los progenitores solamente tendrán que ir al plan de parentalidad para evitar conflictos derivados de posibles desacuerdos.

4.1.3. Australia

El Departamento de Servicios Humanos de Australia define el PP como un “acuerdo escrito con el otro progenitor, que marca las reglas para asuntos como cuánto tiempo van a pasar los hijos con cada uno de los progenitores”. Cuando los padres no son capaces de acordar determinados puntos de la regulación en la crisis de pareja, se recomienda acudir a esta figura, al ser un “buen modo de asegurarse de proveer las necesidades de los menores”⁴⁹. El PP recoge los siguientes puntos:

- (i) Dónde vivirán los menores.
- (ii) Cuánto tiempo pasarán con cada uno de los progenitores, así como con otros familiares, como los abuelos.
- (iii) Modo de tomar decisiones en fechas señaladas, como cumpleaños o vacaciones.
- (iv) Cómo tratar las situaciones en las que exista desacuerdo, así como la toma de decisiones sobre cómo criar a los menores.

En Australia, trabajan con lo que ellos denominan “porcentajes de cuidado”, por lo que, en relación al tiempo dedicado a los menores por cada uno de los progenitores, se establecerá la aportación económica para la familia.

El gobierno australiano pone a disposición de los progenitores un Centro de Ayuda Familiar⁵⁰, con diversos servicios en mediación, asesoramiento en

48 Ídem

49 Australian Department of Human Services, 2017, *Parenting Plans*, [en línea], Disponible en: <https://www.humanservices.gov.au/individuals/services/child-support/child-support-assessment/what-you-need-know/parenting-plans>

50 Gobierno de Australia, Family Relationships Online, Disponible en: <https://www.familyrelationships.gov.au/>

materia de familia... Asimismo, existe una base de datos de expertos en resolución de conflictos familiares.

Es necesario mencionar que la ley vigente en Australia en materia de Familia, *la Family Law* del año 1975, recoge un concepto de parentalidad neutral, sin preferencias por ninguno de los progenitores, respetando así la coresponsabilidad, y teniendo el Juez como principio único el mejor interés de los *menores*.

4.1.4. Reino Unido

El plan de parentalidad (*Parenting Plan*) es un instrumento habitual en otros países anglosajones, como Reino Unido, donde en buena medida se encuentra ligado a la nueva manera de encarar la atención a los hijos en los casos de ruptura de pareja, derivado de la *Children Act* de 1989, ya que esta ley, que eliminaba los términos «custodia» y «acceso», y los reemplazaba por “residencia” y “contacto”, “enfaticaba el principio del interés superior del menor y promovía una política de negociación entre los progenitores, y la no intervención —en la medida de lo posible— de los tribunales”⁵¹.

Bajo el concepto “*parent responsibility*” se incluyen todos los derechos, deberes y responsabilidades que los padres tienen con respecto de sus hijos. La ley de Inglaterra y Gales no recoge nada acerca de con quién deberán vivir los menores o cómo ejercer las responsabilidades parentales en caso de ruptura de pareja, siendo los tribunales los que deciden dependiendo del caso que les ocupe.

Sin embargo, los resultados fueron un tanto decepcionantes, ya que los mismos tribunales británicos denunciaron la incapacidad de los padres para priorizar el interés superior de los hijos. Por ello, el gobierno inglés elaboró en el 2004 el “*Green Paper Parental separation: Children’s Need and Parents Responsibilities*”⁵².

Tras el lanzamiento de este importante documento, el Gobierno advirtió una respuesta sustancial y en gran parte positiva a las propuestas de reforma

⁵¹ Vid. LAUROBA LACASA, Elena, 2012, “Los planes de parentalidad en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, Vol. 111, Nº 4, págs. 887-916.

⁵² HM Government, 2005, *Parental Separation, Children’s Needs and Parents Responsibilities*, [en línea], Disponible en: https://dera.ioe.ac.uk/5206/7/ParentalSeparation_Redacted.pdf

en el ámbito familiar. El Gobierno considera que ambos padres deben seguir teniendo una relación significativa con sus hijos después de la separación, siempre que sea seguro y por el mejor interés del niño. Una gran mayoría de los progenitores es capaz de llegar a acuerdos entre ellos para el cuidado de sus hijos; sin embargo, aquellos que acuden a los tribunales a menudo encuentran que el sistema es impenetrable o lento y, además, muchos están descontentos con el contacto que mantienen por el tribunal, por múltiples razones. Por todo ello, las propuestas recogidas en el Libro Verde están destinadas a ayudar a los padres a separarse para pactar acuerdos focalizados en los intereses de sus hijos. Para ayudar a los padres a alcanzar estos acuerdos de manera más efectiva, las propuestas tienen como objetivo proporcionar un mejor acceso a la información, el asesoramiento y la mediación en el momento de la separación. Para aquellos que sí piden a los tribunales que decidan sobre los arreglos para sus hijos, la intención pasa por mejorar y modernizar los procesos legales y la prestación de servicios.

4.1.5. Argentina

El llamado Convenio de Responsabilidad Parental se encuentra regulado en el Libro II, Título VII, capítulo 2, artículo 641 del Código Civil y Comercial de la Nación. Este documento es utilizado por los progenitores en lo relativo a los hijos menores de edad, incluyendo los hijos adoptados, tras el cese de la convivencia, en orden de acordar quién de ellos ejercerá la responsabilidad parental⁵³ sobre los menores, respetando el mejor interés del mismo y su derecho a ser oído, teniendo en cuenta su opinión si se considera que tiene suficiente grado de madurez y edad.

La ley reglamenta la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental, el cuidado personal del hijo por los progenitores y la guarda otorgada por el Juez a otra persona distinta de los progenitores.

53 La responsabilidad parental se define por la legislación argentina como “*el conjunto de deberes y derechos de los progenitores sobre la persona y bienes del o de los hijos para su protección, desarrollo y formación integral mientras tengan menos de 18 años cumplidos y no se hayan emancipado*”. Se regula en los arts. de 638 a 704, y se rige por los siguientes principios, recogidos en el artículo 639: “a) *el interés superior del niño*; b) *la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos*; c) *el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según la edad y grado de madurez*”.

El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores, *“si el hijo convive con ellos; a ambos progenitores aún si ellos dejaron de convivir, se divorciaron o su matrimonio fue anulado; a uno solo de los progenitores si el otro falleció, está ausente y se lo presume fallecido, fue privado de la titularidad de la responsabilidad parental o tiene suspendido el ejercicio de la misma; a uno solo de los progenitores si el hijo es extramatrimonial con doble vínculo filial y uno de los vínculos se estableció por declaración judicial; al único progenitor si el hijo es extramatrimonial con un solo vínculo filial”*⁵⁴.

La ley permite en cualquiera de estos supuestos que los progenitores acuerden que el ejercicio de la responsabilidad parental se atribuya a uno solo de ellos teniendo en cuenta el interés superior del o de los menores y las circunstancias.

El convenio permite atribuir el ejercicio de la responsabilidad parental a uno de los progenitores y establecer un régimen de visitas amplio a favor del otro progenitor que dejará de ejercerla según el convenio.

El convenio puede tener vigencia por un plazo de tiempo determinado o por tiempo indeterminado hasta la mayoría de edad o emancipación del o de los menores.

Para finalizar este documento es necesario completar ciertos datos de identificación de los progenitores y el o los menores (nombre completo y apellido, fecha de nacimiento, nacionalidad y domicilio) y definir las características del régimen de visitas teniendo en cuenta los eventos más importantes en la vida del o de los menores.

Una vez completado, este Convenio de Responsabilidad Parental debe ser firmado sin datos en blanco por ambos progenitores. Es práctica generalizada certificar las firmas por un funcionario judicial según acuerden las partes de este Convenio de Responsabilidad Parental.

4.1.6. Países Bajos

El “plan de crianza” (*Ouderschapsplan*) es un documento requerido legalmente en el cual los padres que se divorcian hacen sus acuerdos sobre la crianza y el cuidado de los niños por escrito⁵⁵. La Ley de 27 de noviem-

⁵⁴ Libro II, Título VII, capítulo 2, artículo 641 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁵ Portal informativo sobre información de separación en Países Bajos, en línea,

bre de 2008 que modifica el Libro 1 del Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, relativos a la promoción de la paternidad continuada después del divorcio y la abolición de la posibilidad de convertir un matrimonio en una asociación registrada (Ley de promoción de la paternidad continuada y la separación cuidadosa) ha cambiado el Código Civil. La nueva regulación implica que los padres que se divorcian están obligados a elaborar un plan parental, incluso con una sociedad registrada. La idea de la ley es que una solicitud de divorcio no se tomará en consideración si no se ha elaborado un plan de crianza, teniendo por tanto carácter obligatorio. Sin embargo, en la práctica, varios tribunales se han pronunciado acerca del divorcio a pesar de la ausencia del plan.

De acuerdo con la ley, los hijos menores de edad tienen derecho a la misma atención y educación de ambos padres. Esta obligación de los padres no se detiene después de un divorcio porque la autoridad parental conjunta continúa después del mismo. Se advierte, asimismo, que este modelo de plan tiene un alcance superior debido a que engloba cuestiones económicas, y no solamente relativas al cuidado de los hijos menores. El plan podrá modificarse cuando las circunstancias de los menores varíen, ajustándose a la edad de los mismos.

Como consecuencia de un divorcio, las cosas cambian en la vida familiar diaria de los padres y los niños y surge la necesidad de crear nuevos acuerdos. Se obliga a los padres a cuestionarse las circunstancias de la nueva realidad; con quién vivirán los menores, cuál será la cuantía de la manutención, cuál será el cauce de información sobre las cuestiones importantes de los menores... En el caso de que haya hijos menores, se debe adjuntar de manera obligatoria un plan de crianza a cada solicitud de divorcio, tanto en procedimientos contenciosos como de mutuo acuerdo.

Si no se adjunta un plan parental a la petición de divorcio, será el tribunal el que lo requerirá, o el Juez preguntará a ambos padres sobre dicha cuestión en la audiencia. En la gran mayoría de los casos, los padres, con o sin la ayuda de un mediador o abogado, pueden elaborar un plan parental conjunto. Sin

Disponible en: <http://www.scheidingsinformatie.nl/kinderen/kinderen/ouderschapsplan/artikel/234/wat-is-een-ouderschapsplan%3F>, (Traducción libre). Esta página web ofrece un modelo de Plan de Parentalidad a los progenitores, que pueden descargar o configurar. La conclusión alcanzada es que la mayor parte de los roces entre los progenitores se producen por las pequeñas cosas del día a día, por lo que el plan de crianza debe ser lo más detallado posible para servir como guía cada vez que se produzca una discrepancia.

embargo, si uno de los progenitores padece algún problema grave que no le permite ejercer una guarda y custodia conjunta, la parte que presenta la petición de divorcio debe explicar la razón por la cual no se ha presentado el PP.

Aunque la Ley no recoge de manera exhaustiva cuál debe ser el contenido del PP, hay tres cuestiones que de manera obligatoria deben ser reguladas: (i) La forma en que se dividen las tareas de cuidado y educación entre los progenitores: el cuidado diario de los niños, las visitas de los progenitores y los asuntos médicos y escolares; (ii) La forma de comunicación entre los progenitores para informarse sobre las cuestiones relativas a los menores y (iii) Contribución a la manutención de los menores y forma de pago.

En los Países Bajos es muy común el uso de la figura del mediador de familia (*Vereniging van Familierechtadvocaten en Scheidingsbemiddelaars*⁵⁶) para la gestión del divorcio y la redacción del Plan de Parentalidad, siendo esta tarea encomendada de manera habitual a abogados especializados en el ámbito del Derecho de Familia.

4.2. Los Planes de Parentalidad en España

Partimos de nuevo de la base de que un divorcio o una separación no debe suponer *per se* que los menores pierdan a uno de sus progenitores, porque los padres jamás se divorcian de sus hijos, y de que lo idóneo es que el vínculo paternofilial se mantenga intacto, aprendiendo las familias a reestructurarse y a avanzar a la par que se aclimatan a la nueva situación. Hemos estudiado las consecuencias a nivel psicológico y afectivo que la ruptura supone para los cónyuges y la enorme carga emocional que existe en estos procedimientos. Siempre y cuando exista claridad en la prioridad de ambos, que debe ser el interés de sus hijos, independientemente de las circunstancias de la separación, los padres serán capaces de ejercer de manera positiva su coparentalidad, siendo las consecuencias para sus hijos las menores posibles.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, la planificación de la parentalidad debería ser la exigencia de que, en la fase previa a formular una demanda, se procure un proceso de reflexión introspectiva que debe realizar individualmente todo progenitor que se encuentre en fase inicial de la ruptura de la convivencia con su cónyuge o pareja.

No cabe duda de que son los progenitores, en la mayoría de los casos, los

⁵⁶ Traducción de la autora: Asociación de Abogados de Familia y Mediadores para el Divorcio.

idóneos para decidir cómo afrontar las cuestiones que afectan a sus hijos, si bien, también en muchas crisis de pareja, la crisis individual de cada progenitor les impide reflexionar con claridad sobre lo que más les afecta: sus hijos. Hijos que, tarde o temprano, no lo olvidemos, acaban pidiendo a sus progenitores responsabilidad por lo que han hecho con ellos. No piden responsabilidad a jueces, abogados, psicólogos, etc., sino a sus padres. Por tanto, son los progenitores los máximos responsables de que los hijos no se vean inmersos en unos conflictos que solo como progenitores tienen capacidad de resolver.

Es muy útil que los progenitores cuenten con una guía, con pautas para afrontar las cuestiones que afectan en una nueva situación, a los tiempos que los menores van a estar con uno y otro o, ¿por qué no?, con los dos, en determinadas situaciones (celebraciones familiares, religiosas, académicas, hospitalizaciones, etc.), o cómo adoptar las decisiones que afectan a la salud, educación y formación integral de los hijos.

El Plan de Parentalidad pretende ser la guía de los progenitores en este nuevo camino, regulando cada circunstancia, presente y futura, para evitar conflictos futuros y judicializaciones innecesarias. Las parejas que deciden emprender vidas separadas deben encontrar las bases de un acuerdo (al menos, de mínimos) que les permita en la medida de lo posible “ordenar sus relaciones posteriores mantener el control sobre las consecuencias de sus actuaciones, en lugar de ceder a “terceros” el poder sobre la toma de decisiones referidas a sus funciones como padres”⁵⁷.

En caso de que los progenitores no sean capaces de ponerse de acuerdo para la redacción de las cláusulas del mismo, cada uno deberá explicar sus circunstancias para ofrecer al Juez una visión general de la situación.

Como he expuesto anteriormente, hasta la fecha los planes de parentalidad no están regulados en la legislación estatal, siendo las diferentes legislaciones autonómicas las que han recogido esta figura. En el año 2013 se redactó el conocido como Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parentalidad (ALECP) en caso de nulidad, separación o divorcio, que,

57 NAVARRO ROMERO, F., 2014, *La custodia compartida...*, op. cit. pág. 44. El autor se hace en su trabajo la siguiente pregunta: “¿Cómo logran los padres la pretendida corresponsabilidad, cuando están viviendo una transición vital, por lo común, profunda y dolorosa, como es el paso hacia la extinción de la conyugalidad y, a la vez, hacia el posicionamiento y fortalecimiento de las vinculaciones parentales?” Si bien la pregunta no tiene una fácil respuesta, en este punto es destacable la figura del abogado o mediador como constructor de las relaciones de futuro y de la redacción del Plan de Parentalidad, devolviéndoles el poder a las partes en un ambiente fuera de toda hostilidad.

por diferentes motivos que se exponen a continuación, no vio la luz, a pesar de configurarse como un elemento imprescindible en materia de Derecho de Familia.

Existe una conexión muy estrecha entre la atribución de la guarda y custodia compartida y los PP ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, su presentación es obligatoria en caso de que uno o ambos progenitores la soliciten. Cuestión distinta es si esta aportación se exige a nivel práctico, ya que, a falta de norma estatal, cada juzgador sigue unas pautas diferentes. Es una petición casi unánime de los operadores jurídicos la homogeneización de las leyes que regulan las relaciones familiares para evitar situaciones de manifiesta injusticia y de desequilibrios entre Comunidades Autónomas.

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio ya se considera que la intervención judicial en materia de Familia *“debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación”*, de modo que la última instancia a la que se debe acudir para solucionar conflictos parentales serán los tribunales, agotando previamente las vías de resolución alternativa de conflictos.

Es absolutamente necesario legislar en estas cuestiones relativas a las herramientas desarrolladas en el ámbito del Derecho de Familia y, aunque el ejercicio de la parentalidad aparece vinculado a la intimidad familiar, también es un ámbito de la política pública, por lo que deben adoptarse todas las medidas necesarias para apoyar el ejercicio parental y crear las condiciones necesarias para un ejercicio positivo de la parentalidad. En este marco legal, creo que se pueden encauzar perfectamente este tipo de planes de responsabilidad parental, planes de parentalidad, o como se les quiera llamar, que se focalizan en la defensa del interés de los hijos en los procesos de ruptura.

Considero que no debemos entender la figura del PP como una acción reactiva, sino proactiva, con miras al futuro, una *“acción conjunta y conjuntada por parte de los padres, ordenados a fomentar acuerdos creativos, específicos, individualizados y adaptados a las edades y circunstancias ordinarias y extraordinarias de los hijos (...) con el fin de repensar y redefinir la tarea educativa a favor de los hijos”*⁵⁸, y como una manera de encontrar la sinergia entre ambos progenitores en lo que a la educación de los menores se refiere, para

58 ROMERO NAVARRO, F., 2014, *La custodia compartida y el plan...*, op. cit., pág. 5.

superar la educación que cada uno considera idónea y conseguir un concepto común, un “educar a nuestra manera”.

En definitiva, el PP se convierte así en el documento al que acudir cada vez que se produce una discrepancia entre los progenitores a la hora de ejercer las funciones parentales relativas a sus hijos. No debe confundirse con el Convenio Regulador, pues se anexa al mismo de manera independiente y su contenido es mucho más detallado.

El PP supone una superación de los roles tradicionales de padre y madre y de los conceptos de patria potestad y custodia asumidos durante años, allanando el camino hacia un Derecho de Familia emergente y adaptado a la realidad social. Por ello, sin duda, su principal ventaja consistirá en la mejor protección del interés de los menores inmersos en la ruptura, ya que, si ambos padres son capaces de reflexionar sobre lo mejor para ellos, “mayor será su compromiso en el ejercicio de sus obligaciones parentales, lo que sin duda conlleva un mayor beneficio para la estabilidad y desarrollo de los menores, en el presente y en el futuro”⁵⁹.

Como comentaba anteriormente, no debemos confundir las figuras de Convenio Regulador y Plan de Parentalidad. El Convenio Regulador tal y como se encuentra regulado en la actualidad debe tener un contenido mínimo (mucho más exiguo que el recogido en las legislaciones autonómicas), sin exigir una especial redacción pormenorizada de las cláusulas. Esto lleva en muchas ocasiones a la posibilidad de interpretaciones diferentes, por parte de los ex cónyuges, de los puntos contractuales recogidos en el convenio, judicializando las faltas de acuerdo existentes. Por ello, en la práctica habitual, los abogados de las partes suelen pormenorizar las cuestiones que de futuro pueden preverse conflictivas, que es precisamente la esencia del plan de parentalidad que posteriormente recoge el Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad Parental.

4.2.1. Regulación de la figura del Plan de Parentalidad a nivel estatal: el fallido Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Parental en caso de separación, nulidad o divorcio

A nivel estatal, la única referencia jurídica a nivel estatal existente sobre

⁵⁹ Vid. CANTURIENSE SANTOS, Ana, 2017, “¿Son los planes de parentalidad la solución para el ejercicio responsable de la custodia de los menores?”, [en línea], *SEPIN*, Disponible en <https://blog.sepin.es/2017/09/planes-parentalidad-custodia-menores/>,.

esta figura se encuentra en el *Anteproyecto de Ley de ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio* del año 2013, que define lo que llama “plan de ejercicio de la patria potestad”, y fue aprobado por el Gobierno en reunión del Consejo de Ministros el 19 de julio de 2013, tras lo cual se inició el trámite prelegislativo para presentar el proyecto de ley ante las Cortes Generales.

Como antecedente, durante la tramitación de la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modificaban CC y LEC, el Grupo Popular presentó una enmienda al artículo 82.2 del CC que quedaba redactado del siguiente modo: “*En caso de que existan hijos menores, a la demanda se acompañará el Plan de Responsabilidad Parental aprobado tras la mediación familiar, o , si no se ha logrado un acuerdo, el informe de la mediación familiar que versará sobre la evolución de la negociación y de las causas detalladas que han impedido el acuerdo sobre el Plan de Responsabilidad Parental, así como el posicionamiento de ambos cónyuges en la negociación*”. Sin duda, la redacción de este párrafo puede presentar ciertas cuestiones controvertidas, que chocan con los principios básicos de la mediación, como es el principio de confidencialidad, además de no haber quedado perfilado en otras cuestiones de relevancia.

El artículo 1º referente a las modificaciones del Código Civil modifica el artículo 90 CC, que queda redactado del siguiente modo:

“*El Convenio Regulador al que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos, los siguientes extremos:*

a) “*El plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos, si los hubiera, con la inclusión sobre los pactos sobre:*

1º *La forma de compartir las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los hijos.*

2º *El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos.*

3º *Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente.*

4º *El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento.*

5º *Las reglas de recogida y entrega de los hijos en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio de régimen de estancia, relación y comunicación con ellos”.*

En la actualidad, su aportación es preceptiva solamente si se solicita la

guarda y custodia compartida, en cuyo paso el plan deberá ser presentado por el progenitor que lo solicite, según estipula el Alto Tribunal⁶⁰. A la vista de la citada jurisprudencia del TS, así como de otras Audiencias Provinciales, puede resultar obligatoria la presentación del Plan incluso en aquellos territorios en los que no existe una regulación legal específica⁶¹.

El plan de parentalidad “no está ligado a ninguna modalidad específica de guarda y custodia –aun cuando parece que se vincula habitualmente con la guarda y custodia compartida–, y entiendo que debe elaborarse con independencia del régimen que se interese. Por ello, es factible que nos podamos encontrar con una única propuesta de plan de parentalidad acordada por ambos progenitores, o con dos propuestas de plan de parentalidad, cada una de ellas efectuada por un progenitor y más o menos compatibles”⁶².

El precepto que regula el plan de parentalidad experimentó durante su tramitación parlamentaria una importante transformación, debido a que el proyecto anterior recogía un artículo 233-9 mucho menos extenso: “En las

60 Nos referimos de nuevo a la “famosa” Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2017 (Recurso Nº 523/2015, Ponente: José Antonio Seijas Quintana), a la que hago referencia de manera recurrente en el presente estudio.

61 Vid. SAP de Valladolid 268/2017, Secc. 1ª, de fecha 29 de junio de 2017 (Roj: SAP VA 865/2017, Ponente: José Antonio Sanmillán Martín): “*Por quien solicita la guarda y custodia compartida no se ha concretado la forma y contenido de su ejercicio a través de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo; toma de decisiones sobre su educación, salud, cuidado, deberes referentes a relaciones con los abuelos u otros parientes y personas allegadas...*”. En la misma línea se manifiesta la AP de Madrid, Sección 24, 843/2017, de 25 de noviembre de 2017, (Roj: SAP M 15911/2017, Ponente: Francisco Javier Correas González): “*Se valora la ausencia de un verdadero plan de parentalidad del padre, que propone el régimen de tres viviendas, lo que dificulta las relaciones y exige una mejor situación económica, por lo que ahora no es aconsejable la custodia compartida*”.

62 ANDRÉS JOVEN, Joaquín, 2017, “¿Qué contenido mínimo debería de incorporar el plan de parentalidad, o plan contradictorio, sobre la forma y ejercicio de la guarda y custodia?”, [en línea], en *Los planes de Parentalidad en el CCCat, SEPIN*, Disponible en: <https://www.sepin.es/biblioteca-online/verEdicion.asp?cde=47&id=41061>. Si bien es cierto que, como afirma el autor, no está ligado a ninguna figura de guarda específica, se encuentra más cercana a la guarda y custodia compartida, aunque resulta muy útil en aquellos casos, cada vez más frecuentes, en los que se otorga la guarda y custodia a uno de los progenitores con amplio régimen de visitas para el no custodio, o en casos de custodia compartida progresiva.

*propuestas del plan de parentalidad, los progenitores han de concretar la forma de exigir sus responsabilidades, y de tomar decisiones respecto de la atención y educación de los hijos, en lugar o lugares donde éstos vivirán habitualmente, el régimen de relación en los periodos de tiempo en que los progenitores no tengan a sus hijos consigo y también las tareas que efectivamente ejercitará cada uno*⁶³.

El Anteproyecto ha sido muy criticado por los juristas debido a sus múltiples lagunas y ambigüedades y la falta de precisión. Sin embargo, a pesar de las críticas recibidas por sus carencias o fallos (como por otra parte ocurre con cualquier Anteproyecto, recientemente hemos podido verlo con la propuesta realizada por el Gobierno con los cambios en la Ley de mediación), se debe reconocer que el simple hecho de sacar a la palestra estas figuras supone un cambio de mentalidad y un avance muy positivo a nivel social, al introducir conceptos hasta ahora apenas escuchados, como corresponsabilidad parental o el ejercicio de la parentalidad positiva. Adquiere además importancia porque “resitúa la custodia compartida ubicándola en la corresponsabilidad parental y la saca de la condición de excepcionalidad”⁶⁴.

4.2.1. Legislaciones autonómicas que contemplan la figura del plan de parentalidad

4.2.4.1. Aragón

La norma aragonesa⁶⁵, que podemos calificar como pionera, profundiza en la regulación de todos los aspectos que deben ser regulados al producirse una crisis matrimonial, además de ampliar “el ámbito de aplicación subjetivo, al incluir a las parejas no casadas con hijos y lo más importante, invierte

63 Redacción recogida en el BOPC de 19 de enero de 2009; la cual “*tras escuchar los parlamentarios a los expertos que, en el trámite de comparecencias, destacaron las ventajas del instrumento, pero también su desconocimiento por los profesionales que debían aplicarlo, se estimó insuficiente y dio lugar a la presentación de una enmienda*” (N1 86 de los Grupos Parlamentarios de Socialistes-Ciutadans pel canvi, ERC y ICVerd-EIA), con la redacción actual.

64 Vid. NAVARRO ROMERO, F., 2014, *La custodia compartida y el plan...*, op. cit., pág.49.

65 La *Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia entre los progenitores*, se integró en el Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, y se conoce coloquialmente como “Ley de custodia compartida”.

el orden de preferencia de los regímenes de guarda y custodia en favor de su modalidad conjunta”⁶⁶.

En el artículo 63 del CDFA se prevé como norma general la corresponsabilidad parental: *“El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres”*.

El pacto de relaciones familiares, inspirado claramente en el Convenio Regulador previsto en el artículo 90 CC⁶⁷, se define en el Art. 77 del CDFA: *“1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos. 2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar., como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar: a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos. b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar. d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos. e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial. f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma”*.

Este documento deberá ser presentado con la demanda, contestación a la demanda y/o reconvencción en forma escrita. Si el pacto de relaciones familiares no fuese aprobado o no existiese acuerdo entre los progenitores, el artícu-

66 LANGA MUELA, Adrián 2011, “Custodia Compartida en Aragón, Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo”, [en línea], *Justicia de Aragón*, pág. 10, Disponible en: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_no05903_Custodia%20compartida%20en%20Arag%F3n.pdf

67 Esto se puede deducir de la similitud en su redacción y en el contenido de la disposición adicional segunda, que equipara ambas figuras en el apartado nº 2. Sin embargo, a pesar de las similitudes existentes, no existe completa identidad entre ellas. Según recoge LANGA MUELA, *Custodia compartida en Aragón...*, op. cit., pág. 23, “algunos autores (GONZÁLEZ DEL POZO) consideran esas diferencias casi anecdóticas, mientras que otros (MARTÍNEZ DE AGUIRRE), les atribuyen relevancia jurídica”.

lo 8o CDFA regula las medidas judiciales relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados.

No se exige la elevación a escritura pública del pacto, pero para producir efectos frente a terceros debe ser aprobado por el Juez y oído por el Ministerio Fiscal, para garantizar los derechos y principios que rigen las relaciones entre padres e hijos⁶⁸ (art 77-4 CDFA). Por tanto, el pacto y sus posteriores modificaciones, en aras del interés superior del menor, producirán efectos una vez sea aprobado judicialmente.

En caso de que contenga el contenido mínimo exigido por la ley, el Juez está obligado a aprobarlo, siempre y cuando preserve el interés superior del menor y no recoja aspectos contrarios a normas imperativas⁶⁹. De ningún modo podrá aprobarse el otorgamiento de la guarda y custodia, tanto exclusiva como compartida, para el progenitor que esté incurso en un procedimiento penal por violencia de género.

Las condiciones impuestas por el Código aragonés no son las mismas que las previstas en nuestro Código Civil; coinciden en su imposibilidad de aprobación si alguna de las cláusulas resulta perjudicial para los hijos menores. Sin embargo, nada recoge el Derecho aragonés acerca de los acuerdos gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, hecho un tanto extraño sin duda, ya que nos encontramos ante un texto legal “cuyo título ya indicaba que su objetivo primordial era lograr la igualdad en las relaciones familiares tras la ruptura⁷⁰”.

Tal y como se señala en distintas resoluciones del TSJ de Aragón, el objetivo del legislador aragonés es *“propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta «el pacto de relaciones familiares», inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares*

68 Faltando la aprobación judicial del Pacto de Relaciones Familiares, *«el pacto alcanzado no perderá su eficacia como negocio jurídico, pero no puede ser incorporado al proceso de familia, ni producir eficacia procesal y servir de cauce a la ejecución del título extrajudicial que la demandante esgrime»* (SAP de Zaragoza, Secc. 2.ª, 228/2012, de 25 de abril de 2012. Roj: SAP Z 1011/2012, Ponente: Francisco Acín Ramos).

69 SERRANO GARCÍA, José Antonio, 2011, “Guarda y Custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón”, [en línea], *Investigación y Desarrollo del derecho aragonés*, Zaragoza, Disponible en <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/66/02serrano.pdf>, pág.33.

70 Vid. LANGA MUELA, A., 2001, *Custodia compartida en Aragón...*, op. cit. pág. 24.

a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura»⁷¹.

4.2.4.2. Cataluña

El principal instrumento que el CCCat prevé “para intentar que los progenitores lleguen a un entendimiento sobre las principales cuestiones que afectan a los hijos comunes y todo cuanto se refiere al ejercicio de las responsabilidades parentales es el denominado plan de parentalidad, un instrumento que para el legislador catalán resulta mecanismo indispensable”⁷², hasta el punto de que en caso de no presentarse puede rechazarse el otorgamiento de la guarda y custodia compartida.

En el Preámbulo de la ley encontramos dos novedades: en primer lugar, la implantación obligatoria del plan de parentalidad y su adhesión a los convenios reguladores; en segundo lugar, el hecho de que se “abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro”⁷³, a la vez que se introduce el precepto de que la separación, divorcio y nulidad en ningún caso alterarán las responsabilidades de los progenitores con respecto de los hijos, manteniéndose el carácter compartido de las mismas, correspondiendo a la autoridad judicial determinar, en caso de que no se haya redactado un plan de parentalidad, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, concretamente la guarda de los menores, atendándose al carácter conjunto de éstas y al interés superior del menor.

Este instrumento, que se presenta por primera vez en el Proyecto de Libro Segundo del año 2006 y decayó tras agotarse la legislatura⁷⁴, estaba redacta-

71 STSJ de Aragón 8/2011, Sala de lo Civil y Penal, de 13 de julio de 2011 (Roj: STSJ AR 1244/2011, Ponente: Fernando Zubiri de Salinas), y STSJ de Aragón 10/2011, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de septiembre de 2011 (Roj: STSJ AR 1694/2011, Ponente: Fernando Zubiri de Salinas).

72 PADIAL ALBAS, A., 2018, *La relación materno y paterno...*, op. cit., pág. 109.

73 Vid. LAUROBA LACASA, E., 2012, “Los planes de parentalidad...”, op. cit., pág. 889.

74 BOPC de 15 de junio de 2006.

do de la siguiente forma: “*en las propuestas de plan de parentalidad hay que establecer el lugar en el que vivirán los hijos, las modalidades de las relaciones en los periodos de tiempo en que los progenitores no tienen la guarda, la forma de ejercer sus responsabilidades y de tomar decisiones por lo que respecta a la guarda y a la educación, las tareas que efectivamente realizará cada ellos y el tiempo que deberán dedicar*”.

En el año 2009, la redacción del artículo en el Proyecto presentado era muy similar, quedando del siguiente modo: “*En las propuestas de plan de parentalidad, los progenitores han de concretar la forma de exigir sus responsabilidades, y de tomar decisiones respecto de la atención (en la redacción catalana se habla de cura) y educación de los hijos, el lugar o lugares en los que éstos vivirán habitualmente, el régimen de relación en los periodos de tiempo en que los progenitores no tengan a sus hijos consigo y también las tareas que efectivamente ejercerá cada uno*”⁷⁵.

Durante el proceso de tramitación parlamentaria, los parlamentarios escucharon a los expertos que expusieron las ventajas del plan de parentalidad, pero también mostraron su desconfianza “e hicieron notar cómo era un instrumento mayoritariamente desconocido por los operadores jurídicos que debían aplicarlo”⁷⁶. Los parlamentarios, además, llegaron a la conclusión de que su redacción era insuficiente, por lo que realizaron modificaciones hasta su actual redacción.

Así, el PP se configura como la herramienta que ordenará los principales asuntos relativos al cuidado y educación de los menores, tanto en procedimientos de mutuo acuerdo como contenciosos. El legislador catalán pretende que ambos progenitores se comprometan y se responsabilicen de todo lo relativo al cuidado y educación de sus hijos/as, y que no se desvinculen de los mismo a nivel afectivo; es decir, el objetivo en definitiva con la regulación exhaustiva de la responsabilidad parental es que “*los progenitores, de manera conjunta o separadamente, reorganicen de forma responsable y en interés del menor todo lo relativo a las necesidades personales y económicas de los hijos comunes*”⁷⁷.

75 BOPC de 19 de enero de 2009 número 384.

76 LAUROBA. LACASA, E., 2014, *Los planes de parentalidad...*, op. cit., pág. 284.

77 El CCCat. muestra absoluto respeto hacia la autonomía de la voluntad de los progenitores, que se traduce en libertad para decidir cómo organizar las nuevas circunstancias de la familia tras la ruptura, pero sobre todo para salvaguardar el interés del menor. Será de nuevo el interés de los menores, en última instancia, el criterio que determinará la decisión del Juez para que opte por un modelo de guarda u otro.

De acuerdo con el artículo 233-9.22 CCCat aprobado por Ley 25/2010, con respecto a cómo deben ser ejercidas las responsabilidades parentales por ambos progenitores, queda redactado del siguiente modo. “1. *El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.*

2. *En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:*

a) *El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.*

b) *Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.*

c) *La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.*

d) *El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.*

e) *El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.*

f) *El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.*

g) *La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.*

h) *La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.*

3. *Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos”.*

Análisis aparte merece esta última cláusula acerca de la posibilidad de acudir a mediación en caso de conflicto en la aplicación del PP, puesto que se encuentra estrechamente ligada a la creación de la figura del Coordinador de Parentalidad. Como puede comprobarse, el art. 233.9.2 CCCat. estipula cuál debe ser el contenido “mínimo” de un plan de parentalidad, lo cual no impide a los progenitores, en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, que añadan a esas previsiones concretas aquellos compromisos que conside-

ren que pueden resultarles beneficiosos a ellos para el ejercicio del régimen de custodia estipulado.

No resulta concluyente para la adopción de la guarda y custodia compartida ni la aportación de un PP consensuado entre ambos, ni la oposición de uno de los progenitores al ejercicio de la misma, sino que la solución justa se obtendrá exclusivamente ponderando todas las circunstancias antes mencionadas que ofrece el legislador.

Con respecto al contenido recogido en el PP, además de los bloques planteados, suele incluirse un bloque introductorio en el que las partes asumen el compromiso de cumplir lo establecido en el mismo, junto con el “reconocimiento que cada parte hace de su interlocutor, lo que comporta acuerdos concretos como no ocultarle información del hijo común, o asumir que no debe denigrar la figura del otro progenitor delante de los menores”⁷⁸.

4.2.4.3. Comunidad Valenciana

El Pacto de Convivencia Familiar se encuentra recogido en la *Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*; sin embargo, la misma fue declarada inconstitucional mediante Sentencia del TC 192/2016 de 16 de noviembre, tal y como se ha explicado en el Capítulo 4. Se entiende por este pacto, aquel documento en el que se acuerdan los términos de la relación de padres e hijos. En cuanto al contenido mínimo, recogido en el artículo 4 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, era similar a lo recogido por otras legislaciones autonómicas, con la peculiaridad de poder acordar lo que se considerase necesario en caso de otras viviendas, propiedad de uno o de ambos, que hubieran sido utilizadas en el ámbito familiar (art. 4.c). Tampoco menciona nada sobre el ejercicio de la patria potestad, sino que se refiere al régimen de convivencia con los hijos e hijas menores, para garantizar el contacto con ambos progenitores (art. 4.a). No se hace referencia expresa a la posibilidad de acudir a mediación en la ley valenciana.

4.2.4.4. País Vasco

Nos remitimos a la figura del Convenio Regulador del artículo 5 de la *Ley 7/2015 del País Vasco, de 30 de junio de Relaciones Familiares en Supuestos*

⁷⁸ LAUROBA LACASA, M.E., 2014, “Los planes de Parentalidad...” en *Patria potestad...* op. cit., op. cit., pág. 276.

de separación o ruptura de los progenitores. Aunque se habla en todo momento de convenio regulador, en realidad es similar al plan de parentalidad catalán en cuando al desarrollo de su contenido, tal y como se desprende de la redacción del citado artículo sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales, que recoge lo siguiente:

“1. La forma de decidir y compartir todos los aspectos que afecten a su educación, salud, bienestar, residencia habitual y otras cuestiones relevantes para los y las menores.

2. El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia su cuidado y educación y su ocio.

3. Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación con el no conviviente, y en su caso, si se considera necesario y en la extensión que proceda, el régimen de relaciones y comunicación de los hijos o hijas con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas, teniendo en cuenta el interés de aquellos.

4. Lugar o lugares de residencia de los hijos o hijas, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento, que deberá coincidir preferentemente con el de aquel de los progenitores con el que, en cómputo anual, pasen la mayor parte del tiempo.

5. Las reglas de recogida y entrega de los y las menores, en los cambios de guarda y custodia o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos y ellas”.

4.3. Contenido mínimo del plan de parentalidad

Una vez analizadas las diferentes legislaciones autonómicas relativas al plan de parentalidad, podemos realizar una enumeración de los puntos esenciales que este documento debe contener. Sin embargo, con respecto a esta cuestión, y aun considerando necesaria la especificación de un contenido mínimo del mismo, tengo que mostrarme de acuerdo con el Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid Ángel Izquierdo Campo, cuando afirma que, debido a las particularidades inherentes a cada familia concreta, “no se puede acudir a modelos o documentos normalizados; es necesario que cada progenitor, con detalle y con calma, constate y fundamente adecuadamente cada uno de los apartados que introduce en el plan, sabiendo que va referido a su caso particular, por lo que difícilmente le podrán servir datos, informaciones o soluciones de otras situaciones que conozca”⁷⁹.

79 IZQUIERDO CAMPO, Ángel Luis, 2017, “¿Qué contenido mínimo debería de in-

En la misma línea se muestra el también Magistrado Eduardo Seijas Quintana, para el que “no es posible señalar un catálogo cerrado y exhaustivo del contenido de las referidas propuestas, pues las mismas vendrán condicionadas necesariamente por las circunstancias que en cada caso concurren, en relación con el alcance de las correspondientes pretensiones sobre custodia, régimen de visitas y, especialmente, ejercicio de la patria potestad”⁸⁰. Contiene por tanto acuerdos mínimos, pero en ningún caso tasados y excluyentes. Es más, si existen varios hijos, hay que tener en cuenta que determinadas cláusulas podrán ser diferentes para uno u otro, pues no hay dos niños iguales.

Por tanto, y siempre atendiendo a cada familia en concreto de manera individualizada, algunas de las cuestiones que deben ser reguladas con carácter obligatorio en un plan de parentalidad son las siguientes:

4.3.1. Patria potestad

En realidad, todo lo que las partes puedan idear podrá ser incluido en el PP, en atención a la específica problemática de la familia, y será admitido por los jueces siempre y cuando no afecte de manera negativa al mejor interés del menor (por ejemplo, tratamientos específicos en el caso de menores enfermos, o con especiales necesidades educativas, como para el Trastorno de Déficit de Atención e Hiperactividad), pero las recogidas en este punto se configuran como contenido mínimo necesario, independientemente de aquellas situaciones que sea necesario regular para cada familia en concreto.

Pueden incluso introducirse cuestiones que a largo y medio plazo previsiblemente aparecerán en la vida de los progenitores, como decisiones sobre educación religiosa, o que el menor participe o no en ciertas actividades extraescolares, y otras cuestiones “que se han identificado como conflictivas en la praxis, por ejemplo, el modo de relacionarse ambos padres con sus hijos el día del aniversario de éstos, con independencia de con quién convive en ese momento”⁸¹.

corporar el plan de parentalidad, o plan contradictorio, sobre la forma y ejercicio de la guarda y custodia?”, [en línea], en *Plan de Parentalidad en el CCCat*, SEPIN, <https://www.sepin.es/biblioteca-online/verEdicion.asp?cde=47&id=41061>

80 SELJAS QUINTANA, Eduardo, 2017, “¿Qué contenido mínimo debería de incorporar el plan de parentalidad, o plan contradictorio, sobre la forma y ejercicio de la guarda y custodia?”, [en línea], en *Plan de Parentalidad en el CCCat*, SEPIN, <https://www.sepin.es/biblioteca-online/verEdicion.asp?cde=47&id=41061>

81 LAUROBA LACASA, Elena, 2011, “Comentario al artículo 233-9. Plan de Paren-

4.3.2. El régimen de guarda y custodia

Con respecto a la línea ofrecida por el TS, como pautas generales, el plan de parentalidad deberá concretar siempre la forma y el contenido del ejercicio de la custodia, principalmente si se pretende modificar un sistema que hasta la fecha de modificación ha estado funcionando bien, siguiendo la línea jurisprudencial marcada en por el Alto Tribunal⁸². En cualquier caso, no pueden quedar sin regular los siguientes aspectos: atribución y uso de la vivienda, toma de decisiones sobre salud y educación, reparto del tiempo del menor con cada progenitor, régimen de comunicación con el progenitor no custodio, pago de pensión de alimentos.

Hasta ahí, no difiere en exceso de lo que recoge un convenio regulador del art. 90 CC, pero lo que se pretende es que las partes reflexionen y pormenorizan cada punto del plan de parentalidad, pensando en las cuestiones que pueden acaecer en un futuro próximo y lejano, para evitar disputas en el momento en el que los problemas surjan. La jurisprudencia obliga, por ejemplo, a incluir en el PP de qué manera van a realizarse los traslados del hijo común al centro escolar, nombrando a aquellas personas autorizadas en caso de que los progenitores no puedan acudir⁸³.

Precisamente por eso es importante no caer en el error de “presentar un plan de relaciones genéricas, vacío de contenido, sólo con buenas intenciones, sino que se recogerán de la manera más detallada posible todas las cuestiones que se entiendan necesarias para el ejercicio de la custodia de los menores, sin olvidar, como apuntan las normas autonómicas, incluir la forma en la que vayan a resolverse los posibles conflictos que puedan aparecer a lo largo de la vida de los menores”⁸⁴.

A nivel general, existen dos bloques que deben ser integrados en el PP: nos referimos en primer lugar a las cláusulas de carácter familiar-psicopedagógico, es decir, todo aquello referido a la educación, escolarización, tiempo libre, y como se recoge en la legislación española, otras cuestiones relevantes, don-

talidad, ley 25/2010 de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”, SEPIN, SP/DOCT/15498.

82 STS, 280/2017, Sala Primera de lo Civil, de 9 de mayo de 2017, (Roj: STS 1786/2017, Ponente: María de los Ángeles Parra Lucan).

83 STS 130/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 3 de marzo de 2016, (Roj: 730/2018, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

84 CANTURIENSE SANTOS, A, 2017, *¿Son los planes de parentalidad...?*, op. cit, en línea.

de pueden incluirse otras muchas cuestiones de diversa índole, dependiendo las mismas de las características o circunstancias de cada familia. Por otro lado, en el segundo bloque se abordan cuestiones referidas a la convivencia de los menores de edad con cada uno de los progenitores, tipo de custodia, cómo se va a regular el ejercicio de la patria potestad o dónde van a vivir.

Las partes deberán proponer los criterios educativos y sanitarios básicos, para que las pautas de comportamiento de un progenitor no difieran en el otro: formación, tipo de centro escolar, asistencia a las tutorías y reuniones escolares, elección de actividades extraescolares y complementarias.

4.3.3. Otras cuestiones relevantes a recoger en el plan de parentalidad

Los planes de parentalidad poco detallados generan mayores oportunidades de conflicto en aquellos casos en los que la relación entre progenitores es conflictiva. Por ello, cuanto más detallado sea el plan, más conflictos se podrán evitar de futuro, por lo que todo aquello que no contravenga los límites legalmente establecidos deberá ser aprobado judicialmente. El trabajo de los progenitores en este punto es crucial, pues son ellos los que deberán concretar los puntos a recoger en el plan en base a su rutina social y laboral. Siguiendo la STS anteriormente mencionada, de fecha 9 de mayo de 2017, además de los aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad y al régimen de guarda y custodia, ambos progenitores deberán tomar decisiones acerca de las siguientes cuestiones:

- Vivienda; los menores tienen derecho a una habitación digna, y deberán detallar cómo se hará frente a los gastos que ello conlleva. En caso de que se elija el régimen de casa-nido, explicar los pros y contras y cómo van a abonar los gastos si la propiedad es de ambos.
- Toma de decisiones acerca de la salud y educación de los hijos menores; cómo se decide entre ambos progenitores en el caso de que los hijos necesiten ortodoncia o tratamiento psicológico, por ejemplo. Relaciones con terceros: reuniones con tutores, entregas de notas o información médica.
- Establecimiento de régimen de comunicación de los menores con sus progenitores y familiares directos, especialmente los abuelos.
- Cuantificación y forma de pago de las pensiones de alimentos y reparto de los gastos extraordinarios de los mismos.
- Vacaciones y elección de periodos.

En relación a los progenitores, éstos deberán especificar las siguientes cuestiones en el plan de parentalidad; disponibilidad de vivienda y ubicación de los lugares a los que los menores acuden con asiduidad (centro escolar, casa del otro progenitor...); explicar por qué se considera el régimen escogido el más adecuado; horario laboral y disponibilidad, y si cuentan con apoyos familiares en el día a día.

4.3.4 La posibilidad de prever un método alternativo de resolución de conflictos en caso de discrepancia en la aplicación del plan de parentalidad

Las relaciones familiares son básicamente dinámicas y sometidas a constantes cambios, como pueden ser en lo relativo a la madurez de los menores, la existencia de nuevas parejas o los cambios en la educación de los hijos en común (cambio de bachillerato a estudios universitarios, por ejemplo). En aras de evitar la judicialización de ciertas cuestiones relativas a la familia y que hayan sido recogidas (o no), en el plan de parentalidad, existe la posibilidad de incluir una cláusula mediante la cual las partes se comprometan a acudir a mediación, o a la figura del Coordinador de Parentalidad, en caso de que surjan discrepancias en la interpretación y aplicación del PP. Se trata de una referencia básicamente pedagógica, ya que la característica principal de la mediación es la voluntariedad, por lo que, en principio, no tendrá consecuencias para aquel progenitor que no desee iniciar este procedimiento.

Por otro lado, expertos consideran que la mediación se configura como un instrumento adecuado y útil para elaborar el PP, por la implicación de los progenitores en la redacción de las cláusulas, circunstancia que supone un mayor cumplimiento.

En general, la mediación es una vía adecuada, no solamente como método de resolución de conflictos, sino como medio natural para llevar a cabo la redacción del PP que se presentará junto con el Convenio Regulador. La tarea del mediador sería la de “legitimar a los padres; devolverles “empoderamiento”; transmitirles valoración y confianza respecto a su tarea educativa; ayudarles a superar los posibles sentimientos de frustración, o de inculpación; controlar aquellas fantasías o temores, tendentes a alimentar la idea de que pueden “perder a sus hijos”⁸⁵.

⁸⁵ NAVARRO ROMERO, F., 2014, *La custodia compartida y el plan...*, op. cit., pág.45.

Los abogados especializados en Derecho de Familia, en ocasiones, actúan como “mediadores” en los procedimientos que llegan a los despachos al tratar de perfilar las condiciones que regularán sus relaciones familiares, con o sin formación previa, casi de manera innata, por lo que su papel en este punto es igual de importante.

En mi opinión, es necesario al menos acreditar que se ha intentado solucionar el conflicto de manera extrajudicial, acudiendo a profesionales o con varias entrevistas con el abogado que redactó el acuerdo principal. Si el abogado sabe gestionar la negociación y guiar a las partes en la redacción del PP, la figuración del mediador en este punto concreto se considera innecesaria.

La legislación autonómica y estatal ha fomentado el uso de la mediación en crisis familiares, independientemente del régimen de guarda y custodia que vaya a aplicarse. En este contexto, la actuación del mediador se configura como un “plus garantista de la efectiva tuición del menor, de modo que obliga a la autoridad judicial que discrepa de los acuerdos a argumentarlo”. Extrapolado esto, “ratifica el valor que cabe atribuir a un Plan de Parentalidad elaborado con la asistencia de un mediador”⁸⁶.

El recurso de la mediación puede configurarse como una herramienta muy útil en la elaboración del documento y en la ejecución del mismo.

4.4. La utilidad de aportar el plan de parentalidad

La aportación del plan de parentalidad supone un proceso de reflexión profunda de los progenitores, al obligarles a detallar y predecir cada cuestión futura concerniente a los hijos en común tras la ruptura. Muchas de esas cuestiones son imposibles de predecir en el momento de la ruptura, pero en el futuro pueden suponer un grave problema. Se incide con esta obligación en la necesidad de que los padres asuman la responsabilidad de decidir, se favorece la huida de fórmulas tipo y se aclaran cuestiones que para muchos progenitores pasaban inadvertidas o, peor aún, las entendían de manera equivocada. Así ha venido ocurriendo, por ejemplo, con las confusiones existentes entre patria potestad y custodia.

Se configura como una herramienta útil tanto en procedimientos de mutuo acuerdo como contenciosos, y “si éste se aporta en el procedimiento consensual, permite en primer lugar comprobar si el letrado/letrados que ha actua-

⁸⁶ LAUROBA. LACASA, E., 2014, “Los planes de Parentalidad...” en *Patria potestad...*, op. cit., pág. 288.

do ha recogido adecuadamente en el texto del convenio regulador suscrito, las previsiones de cuidado que le han entregado los progenitores —ha de presumirse que sí— y si alguna de ellas no las ha acogido deberá interesarse el juzgador por los motivos o argumentos de ello —es sabido que a veces los litigantes, al cesar la convivencia, ofrecen posibles soluciones que distan mucho de poder ser llevadas a cabo en la realidad y es acertado que los letrados se lo hagan ver— y, de otra parte, va a permitir igualmente poder conocer de propia mano de los progenitores la distribución de cuidado y la responsabilidad que cada uno de ellos está dispuesto a asumir en las actividades y cuidado del menor, y el rol en el que uno mismo se sitúa y el que atribuye a su pareja pudiendo servir incluso el plan suscrito para sí con posterioridad se produjera un incumplimiento de las previsiones contenidas, poder “recordar” al progenitor incumplidor que él mismo fue quien ofreció asumir dichas obligaciones en el plan que en su día suscribió”⁸⁷.

En caso de que este documento se aporte a un procedimiento contencioso, permite al Juez conocer de qué modo van a responsabilizarse cada uno de los progenitores del cuidado de sus hijos tras la ruptura, detallando rutinas diarias y su adaptación al nuevo modo de vida⁸⁸, mejorando así la percepción global que éste tiene del litigio. Asimismo, impone a los progenitores una mayor precisión sobre muchos aspectos que no contemplan los convenios reguladores, ni mucho menos las demandas.

La ventaja que da la aportación del plan de parentalidad es la de permitir “planear con anticipación problemas que aún no se han planteado, se añade al hecho de que a los progenitores se les dota de una gran cantidad de información sobre hechos y situaciones acerca de los que deben reflexionar de antemano. Las coincidencias que los planes puedan presentar allanan además el camino a las partes para obtener acuerdos globales o parciales y concretan y aíslan los puntos de desacuerdo reduciendo así la litigiosidad y centrando los puntos de conflicto que pueden quedar aislados de otros aspectos donde

87 ANDRÉS JOVEN, Joaquín, 2017, ¿Qué utilidad puede tener aportar, junto con la demanda o el convenio regulador, un Plan de responsabilidad parental?, en *El plan de Parentalidad*, [en línea], SEPIN, SP/DOCT/16813, Disponible en: <https://www.sepin.es/bibliotecaonline/verEdicion.asp?cde=47&id=41061#27954246>.

88 *Ibíd.* Compartimos absolutamente la reflexión que realiza el autor; es cierto que la responsabilidad adoptada por los progenitores es una cuestión que va más allá del mero hecho de firmar un documento, y que, si no es voluntad de los progenitores, el plan no será ejecutado. Sin embargo, esta herramienta sirve como ayuda, como soporte, para saber cómo configurar dicha responsabilidad.

el acuerdo se ha plasmado como posible o factible”⁸⁹.

La aportación del plan “favorece la disminución del enfrentamiento entre los cónyuges litigantes a la pacificación de las relaciones con los hijos y a la disminución de la litigiosidad postsentencia”⁹⁰. Demuestra también, por parte de los abogados de familia, una manifestación de su buen hacer, aportando valor añadido al asesoramiento que prestan a los clientes.

El plan de parentalidad tiene, por tanto, un carácter predictivo y se configura con el objetivo principal de evitar conflictos de futuro, para que los progenitores no tengan que acudir a los tribunales para resolver sus conflictos al contar con una guía detallada que especifica qué hacer en cada ocasión, contribuyendo por tanto a la desjudicialización de cuestiones del ámbito familiar.

Los efectos prácticos podrían concretarse en un mayor conocimiento de los progenitores sobre las cuestiones relativas al cuidado de los hijos comunes, una mayor posibilidad de predicción de las cuestiones y divergencias que puedan surgir en el cumplimiento del convenio regulador, información más detallada para el Juez en caso de que éste deba adoptar medidas si no hay acuerdo y, lo más importante, menor probabilidad de que surjan conflictos en ejecución.

Sin embargo, algunos operadores jurídicos también se han mostrado reacios a la presentación de los planes de parentalidad por varias razones. En primer lugar, porque se trata de una figura ajena a nuestro ordenamiento jurídico, la cual no se podía imponer al no estar desarrollada la resolución alternativa de conflictos. Por otro lado, por considerar que el hecho de imponer condiciones excesivamente detalladas entre las partes puede acarrear problemas de cumplimiento, “pues cierra el paso a acuerdos laxos que vayan concretándose con el tiempo”⁹¹, y, por último, por considerar que los conve-

89 FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, 2017, “¿Qué utilidad puede tener aportar, junto con la demanda o el convenio regulador, un Plan de responsabilidad parental?”, en *El plan de Parentalidad*, [en línea], SEPIN, Disponible en: <https://www.sepin.es/bibliotecaonline/verEdicion.asp?cde=47&id=41061#27954246>

90 ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, 2017, ¿Qué utilidad puede tener aportar, junto con la demanda o el convenio regulador, un Plan de responsabilidad parental?, en *El plan de Parentalidad*, [en línea], SEPIN, SP/DOCT/16813, Disponible en: <https://www.sepin.es/bibliotecaonline/verEdicion.asp?cde=47&id=41061#27954246>

91 Así lo manifiesta RUBIO BONET, Antonio, 2011, “La potestad parental, guarda y el régimen de relación y comunicación con los hijos en la Ley 25/2010 de 29 de julio del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia”, en PÉREZ DAU-DÍ, Vicente (Coord.) *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, 2011, Atelier

nios reguladores ya son una herramienta que recoge de manera detallada las cláusulas que rigen la convivencia post ruptura.

Si bien es cierto que, hasta la fecha, nuestro ordenamiento jurídico no contaba con una figura como tal, la realidad es que la práctica jurídica colaborativa en Familia tampoco estaba implantada en nuestra cultura, por lo que podemos afirmar que surge como consecuencia de los cambios que poco a poco se van produciendo en la manera de llevar un procedimiento en materia de Familia; comenzando por la labor del abogado, siempre y cuando éste considere adecuados los cauces de la no confrontación, y siguiendo porque los jueces traten de conseguir que las partes lleguen a acuerdos a pesar de iniciar procedimientos contenciosos.

Por otro lado, la realidad jurídica muestra que la manera de articular los convenios reguladores hasta la fecha ha acarreado problemas de cumplimiento por la interpretación variada de las cláusulas en ellos contenidas, por la no especificación y desarrollo de las responsabilidades parentales que llevan, por tanto, a las partes a iniciar procedimientos de ejecución de medidas, de modificación de medidas o expedientes de jurisdicción voluntaria para que sea un tercero quien las interprete y les dote de contenido, lo que no siempre tiene consecuencias satisfactorias para las partes.

4.5. La *obligatoriedad* de presentar el plan de parentalidad

Con respecto al plan de parentalidad y la “obligatoriedad” de su presentación, en concreto en la de Cataluña y de conformidad con lo dispuesto en el CCCat., cito el Auto de 7 de febrero de 2012, donde se consideró que la parte demandante debió haber acompañado a la demanda la propuesta del plan de parentalidad al que se refiere el artículo 322-8.2 CCCat, e insta en el Auto de Primera Instancia a requerir a la representación de la parte demandante para que, en el plazo que prudencialmente señale, subsane el defecto advertido como requisito de procedibilidad al no haber acompañado el plan de parentalidad.

Barcelona, pág. 65. No podemos sin embargo mostrarnos de acuerdo con el autor cuando afirma lo siguiente: “En primer lugar, debemos ser críticos en el sentido de que el legislador ha mostrado una preocupación del todo innecesaria en pretender regular quién llevará a los hijos al colegio por la mañana o a la piscina, si el hijo puede ir o no ir al cine con sus amigos los domingos, si los progenitores se han de cruzar correos electrónicos para hacerse saber cómo va el hijo en el colegio, cuando cada uno de ellos los tiene consigo, etc.”.

Sobre la imperatividad de la presentación del PP, se manifiesta el magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona D. Francisco Javier Pereda Gámez en interpretación del art. 233-8.2 CCCat, que dice que *“los cónyuges, para determinar cómo se han de ejercer las responsabilidades parentales, han de presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido que establece el artículo 233-9”* está imponiendo como requisito el acompañamiento de tal documento. Su falta, en otro caso, puede ser subsanada. La imperatividad del artículo (*“han de presentar”*) no deja lugar a duda de la necesidad del plan de parentalidad. Debe estarse a cada caso para comprobar si los progenitores (ambos) han reflexionado o no sobre el ejercicio de las potestades parentales, en beneficio de los hijos, o para promover procesalmente la reflexión de los padres. Lo que el legislador promueve es la reflexión previa y profunda de los progenitores”⁹².

No parece mostrarse conforme con este criterio la magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona Doña Margarita Blasa Noblejas Negrillo en sentencia de 9 de diciembre de 2014, al considerar que *“ni el texto sustantivo, ni la Ley de Enjuiciamiento civil establecen que la parte dispositiva de la sentencia deba contener, cuando no se sigue proceso de mutuo acuerdo, un “plan de parentalidad”. Aunque es costumbre reproducir los convenios reguladores, así como los pactos transaccionales, en la parte dispositiva de la resolución judicial, no es exigible al órgano jurisdiccional una tarea de recopilación y síntesis de las coincidencias o concreciones de los planes de parentalidad, ni de los términos de una propuesta de parte, tanto más cuando ninguna de las partes recurre el fallo. No es posible que el Juez supla, con una integración detallista, ambas “propuestas” de plan (más bien, alegaciones procesales). Si ello es así, es por lo que sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar el recurso que se examina”*⁹³.

Por tanto, y aunque desde el punto de vista procesal no nos encontremos ante un requisito para la admisión de la demanda, de los que se mencionan expresamente el artículo 403.1 LEC, el TSJ de Cataluña, en Sentencia de 20 de marzo de 2014 *“entendió que la especialidad procesal del art. 233-8.2 CC-Cat., no es la de evitar una demanda infundada como sí lo son los requisitos de procedibilidad establecidos en el art. 266 LEC, sino prevenir futuras dis-*

92 SAP de Barcelona 539/2013, Sección 18, de fecha 12 de septiembre de 2013 (Roj: SAP B 9391/2013, Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez).

93 SAP de Barcelona 815/2014, Sección 18, de fecha 9 de diciembre de 2014, (Roj: SAP B 13768/2014).

putas entre los progenitores en la organización de vida de los hijos menores, teniendo como principio rector siempre el interés superior de los mismos". El TSJC considera que, *"aunque en puridad técnica no se trate de un requisito de procedibilidad, no puede prescindirse de la aportación de un plan de parentalidad y el Letrado de la Administración de Justicia deberá requerir su aportación inicial y subsanación"*⁹⁴ declarando por ello la nulidad de actuaciones para poder resolver la cuestión sobre régimen de custodia una vez se aporte el plan.

Por su parte, la ley aragonesa, en reiterada jurisprudencia, ha sido aplicada considerando que *"no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige"*⁹⁵, y que *"para la adopción de la custodia compartida el Juez ha de tener en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de los progenitores (art. 80.2)"*⁹⁶. Sin embargo, en la práctica, parece que su falta de aportación no es obstáculo para que el Juez pueda acordar el mantenimiento de una custodia individual ya existente. Lo cual, sin embargo, entiende el TSJ que no impide concluir que el padre sí concretó con claridad cuál iba a ser el sistema de futura convivencia [compartida] que proponía, porque en el suplico de la demanda expuso con el detalle necesario cómo consideraba y solicitaba que debiera ser la relación entre los familiares afectados, padre, madre e hijo menor: *"La falta de nominación específica como «plan de relaciones familiares» no puede conllevar la imposibilidad de pronunciamiento sobre la relación sustantiva que es origen del plan, porque ello supondría un formalismo contrario a la efectiva decisión judicial sobre el fondo del asunto"*.

A pesar de que haya Comunidades Autónomas que no recogen esta figura en su ordenamiento, sí parece posible exigir la aportación del Plan de Parentalidad justificando esta exigencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, Audiencia Provincial de Madrid recoge que *"valorando la ausencia de un verdadero plan de parentalidad del padre, que propone el régimen de las tres viviendas, con entradas y salidas del mismo domicilio por parte de los progenitores, lo que sin duda no solo dificulta las relacio-*

94 STSJ Cataluña 18/2017, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, de fecha 29 de marzo de 2017, (Roj: STSJ CAT 1452/2017, Ponente: José Francisco Valls Gombau).

95 STSJ de Aragón 8/2011, de fecha 13 de julio de 2011, (Roj: STSJ AR 1244/2011, Ponente: Fernando Zubiri de Salinas).

96 STSJ de Aragón 4/2012, de fecha 1 de febrero de 2012, (Roj: STSJ AR 108/2012, Ponente: Fernando Zubiri de Salinas).

nes y es fácilmente objeto de disfunciones y debates, sino que exige una mejor situación económica y una mayor disponibilidad de otra vivienda por cada uno de los padres, para cuando no ocupan la casa con la menor; por todo ello ponderadas todas las pruebas es evidente que en las actuales circunstancias la custodia compartida no es aconsejable ni beneficiosa para la menor”⁹⁷. La sentencia de la AP de Valladolid, Sec. 1.^a, de 29 de junio de 2017, en el mismo sentido señala: “No concreta quien solicita la guarda y custodia compartida del menor la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas”.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, existen múltiples resoluciones donde se hace alusión a la “obligatoriedad” de aportación del PP o “plan contradictorio”, como lo denomina el Alto Tribunal. Así, “en relación con el cese de la atribución del uso de la vivienda la Sala no puede entrar en ello al carecer la propuesta de un plan contradictorio en el que se defina en que va a consistir la custodia compartida”⁹⁸. En STS de 3 de marzo de 2016: “No se concede la custodia compartida: el padre trabaja por turnos, residen lejos de la localidad donde la hija está escolarizada y no presenta plan contradictorio; la menor estaría en una situación incertidumbre sobre su cuidado y escolarización”⁹⁹; STS de 26 de octubre de 2016: “Hasta ahora el niño ha permanecido con la madre y durante algunos meses no tuvo contacto con el padre, sin que se haya concretado por éste la forma y contenido del ejercicio de la custodia a través de un plan contradictorio”¹⁰⁰.

En determinados procedimientos, incluso, el tribunal puede sancionar la falta de aportación del plan de parentalidad con el rechazo de la custodia compartida. Así lo recoge la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 5 de diciembre de 2016: “(...) No se aporta un plan contradictorio, ya que se trata de concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas, que integre con hechos y pruebas

97 SAP de Madrid 845/2016 sección 22, de fecha 25 de noviembre de 2016, (Roj: SAP M 14944/2016, Ponente: Pilar González Vicente).

98 STS 449/2015, Sala Primera de lo Civil, de fecha 15 de julio de 2015, (Roj: STS 3207/2015, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

99 STS 130/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 3 de marzo de 2016, (Roj: STS 801/2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

100 STS 638/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 26 de octubre de 2016, (Roj: STS 4634/2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

*los distintos criterios y las ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de pareja*¹⁰¹.

Personalmente, creo que el PP debería exigirse al progenitor que solicite la guarda y custodia compartida, la guarda y custodia compartida progresiva o en aquellos casos en los que, a pesar de que la guarda y custodia se atribuya en exclusiva a uno de los progenitores, ambos tengan muy claro que van a ejercer la corresponsabilidad parental. Debería ser un requisito de procedibilidad subsanable en caso de no aportarse junto con la demanda o contestación a la demanda, en un plazo relativamente corto, para no dilatar el procedimiento en exceso.

La disposición adicional novena de la Ley 25/2010 recoge que el Departamento de Justicia con la colaboración de los colegios profesionales, debe informar acerca de esta figura y facilitar recursos para elaborarlo, adaptándolo a la edad de cada menor.

Desde la web del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona se facilita el siguiente documento de trabajo: “Guía y modelo del Plan de Parentalidad”¹⁰², elaborados con carácter meramente indicativo y facilitados por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña, en cumplimiento de la *Disposición adicional 9ª de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*. Se plantea, por tanto, la elaboración de este documento con la intervención de varios profesionales coordinados, con la intención de integrar varias ramas profesionales, desde abogados o psicólogos hasta economistas.

El Colegio de Psicólogos de Barcelona ofrece una guía en la que se recogen las recomendaciones básicas para la elaboración de un PP. Esta guía explica en qué consiste este documento, qué contenido mínimo tiene, partiendo de la base de que los padres conocen mejor que nadie las necesidades de sus hijos, y de que la ruptura de la pareja no debería alterar las responsabilidades parentales con respecto de los hijos, primando por encima de todo la estabilidad como elemento facilitador y garantista de su adaptación a la nueva situación y desarrollo psicosocial futuro. Realizan desde el Colegio una serie de recomendaciones técnicas un tanto generales, pero sin duda útiles a nivel práctico,

101 STS 722/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 5 de diciembre de 2016, (Roj: STS 5285/2016, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

102 Esta guía se encuentra disponible en el siguiente enlace: http://www.icab.es/files/242-236775DOCUMENTO/Guia_Model_Pla%20de%20parentalitat.desembre%202010.pdf

en relación a cómo orientar a los progenitores a la hora de tomar decisiones como el lugar donde vivirán sus hijos, sus responsabilidades con los mismos, cómo hacer los cambios de guarda, etc. Cuando la situación de intercambio constituye fuente de conflicto, especialmente si se han producido episodios de violencia familiar, se recomienda realizar los intercambios en un espacio neutro, como puede ser el centro escolar del menor. Si no se contempla esta opción, y de cara a evitar el contacto presencial de ambos progenitores, se pueden acordar las entregas en los Puntos de Encuentro Familiar.

CAPÍTULO VI

LOS MÉTODOS ADECUADOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE FAMILIA

1. Introducción

El conflicto es inherente a la vida social, se trata de una situación inevitable, pero su falta de solución no puede serlo, ya que la presencia del conflicto genera situaciones de enfrentamiento que si no se solucionan pueden trastornar el correcto desarrollo de la convivencia. Siempre y cuando sea justo y cuya motivación no sea simplemente hacer daño, el conflicto no tiene por qué ser algo intrínsecamente malo.

De hecho, el conflicto es precisamente el origen del Derecho, el cual surge de la necesidad de regular las controversias que se producen entre personas o grupos sociales, con el objetivo de mantener el orden. Es la gestión del conflicto y no su mera existencia lo que generará una concepción positiva o negativa del mismo. Y, en muchas ocasiones, especialmente en materia de Derecho de Familia, ni siquiera es necesario que exista una razón concreta que justifique la aparición del conflicto, sino que la mera interacción de dos personas, unido a la falta de comunicación entre ellas, lo provoca.

Una vez ha surgido el conflicto, éste podrá ser solucionado por las propias partes o mediante la intervención de un tercero neutral. En la sociedad actual, el modo más habitual de solucionar los problemas ha sido la vía jurisdiccional, puesta al servicio del ciudadano por el Estado como realización del ordenamiento jurídico por él establecido, dejando por tanto la resolución del conflicto en manos de un tercero neutral y ajeno a las partes. No significa que ésta sea la única vía existente, aunque desafortunadamente sí podemos afirmar que se trata de la más conocida socialmente. Pero la intervención del Juez solo tiene sentido en la medida en que las partes han fracasado y no consideran viable la resolución particular del conflicto. Partimos de una obviedad, una vez se produce el conflicto, éste debe ser resuelto. Los conflictos pueden gestionarse de dos maneras, de un modo destructivo, llegando incluso a utilizar la violencia, o constructivo, cuando las partes colaboran para tratar de llegar a una solución que satisfaga a todos los implicados. Del mismo modo, como hemos adelantado, la solución al conflicto puede dejarse en manos de un tercero neutral que imponga su criterio, o bien ser las propias partes las que resuelvan el mismo con la ayuda de un profesional especializado.

Existen por tanto dos vías diferentes para solucionar el conflicto. La primera sería la heterocomposición, donde interviene un tercero neutral e imparcial, sin interés alguno en el proceso, que toma decisiones de carácter vinculante para las partes. Este tercero no se sitúa *inter partes*, como ocurre en los métodos autocompositivos, sino *supra partes*, y “su labor no va a ser la de ayudar a las partes a resolver su conflicto, sino dar una solución definitiva al mismo”¹.

La esencia de la heterocomposición es que, “frente a una interacción social de carácter conflictivo, una estructura de autoridad (Estado) dotada de un instrumento que permita dirimir las contiendas (Estado) producirá resultados pacíficos a la vez que disuadirá del uso de la violencia a aquellos que pretenden solucionarlos privadamente”², por lo que podemos concluir con que el derecho promueve la paz social. Los dos métodos clásicos heterocompositivos son la jurisdicción y el arbitraje y, aunque ambos operan de manera muy similar, lo cierto es que la legitimación del tercero interviniente es diferente, ya que en el arbitraje le viene atribuida por la voluntad de las partes, que acuden expresamente a él y le confieren tal potestad, mientras que el Juez, “como depositario de la potestad pública de la jurisdicción, la obligación de resolver los conflictos que ante el mismo se presenten viene atribuida legalmente, por lo que la premisa del acuerdo de voluntades no es necesaria, bastando con que una de las partes quiera acudir al proceso judicial como vía para solucionar el conflicto para que la otra parte automáticamente quede afecta a éste”³, conflicto que se resolverá a través de una resolución irrevocable que tiene efecto de cosa juzgada sin necesidad de reconocimiento por parte de cualquier otro órgano público.

Si la solución que se obtiene al someter la controversia a un árbitro se incumple, también será necesario acudir a la vía jurisdiccional, pues éste no tiene potestad ni capacidad para hacer cumplir la solución acordada de modo coercitivo.

La segunda vía es la autocomposición, a través de la cual se trata de lograr

1 Vid. CARRETERO MORALES, E., 2006, *La mediación civil y mercantil...*, op. cit., pág. 34.

2 CALVO SOLER, Raúl, 2017, *Donde la Justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña*, Gedisa, Barcelona, pág. 13. A partir de los años 70, se produce un cambio en Estados Unidos en esa vieja mentalidad del aspecto pacificador del Derecho, para este movimiento, “el derecho es un método de resolución de conflictos que opera de forma ineficiente y no pacífica imponiendo la solución a las partes”.

3 *Ibídem*, pág. 48.

que sean las partes las que por medio del diálogo logren el acuerdo. El objetivo principal es que no se enfrenten, que no actúen “el uno contra el otro, como ocurre por contraposición en los métodos adversariales, donde todo lo que una de las partes gana necesariamente lo pierde la otra”⁴. Pueden hacerlo también con la ayuda de un tercero imparcial y debidamente cualificado, que, ni interviene en el proceso, ni propone soluciones concretas.

El sometimiento a estos mecanismos debe ser siempre voluntario, por lo que no cabe la imposición del tercero, pues la solución al conflicto parte de un acuerdo de voluntades de los participantes en el proceso y no sólo de una ellas. El modo de trabajar entre las partes cambia de manera radical ante una persona que no tiene capacidad de decisión y a la que no hay que convencer de cuál de las dos partes lleva razón.

Si bien es cierto que los métodos autocompositivos pueden aplicarse a la mayor parte de los conflictos, tienen especial trascendencia en los procedimientos de Derecho de Familia, evitando daños colaterales graves. La naturaleza del conflicto familiar, como se ha explicado anteriormente, presenta algunas características especiales. Si en el ámbito doméstico a una pareja que tiene alguna disputa, no se le ocurre acudir a un tercero para que la solucione, sino que entienden que entre ambos deben solucionarla, entonces, ¿por qué toda decisión de la vida de ex cónyuges debe pasar obligatoriamente por un tercero?

Curiosamente, en el ámbito del Derecho de Familia, la primera solución “natural” a los problemas en la que piensan las partes es precisamente acudir a los tribunales, depositarios de la potestad jurisdiccional, para que pongan fin a dichos problemas. Como he dicho ya en varias ocasiones, generalmente las decisiones judiciales no satisfacen a una o ninguna de las partes y no son garantía absoluta de que el conflicto se vaya a resolver, llevando a situaciones de incumplimiento cronificadas provocadas por el sentimiento de que se ha cometido una injusticia. Y la mala gestión continua del conflicto solamente lleva a su aplazamiento y a nuevos surgimientos posteriores.

Además, el conflicto familiar no sólo afecta a los implicados, sino a todos los familiares directos, especialmente a los hijos comunes. Los perjuicios que se generen en ellos estarán directamente relacionados con la hostilidad

4 Vid. FARIÑA, Gustavo Enrique, 2015, “El poder transformador de la mediación y la conciliación desarrollada en sede judicial”, [en línea], *Revista de Mediación*, nº 8, pág.2.

Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/poder-transformador-la-mediacion-la-conciliacion-desarrollada-sede-judicial/>

existente entre los progenitores. No olvidemos que la carga emocional de un proceso de familia es más elevada que en disputas ocasionadas por otros motivos, pudiendo ser en ocasiones los menores los que se encuentran en el centro de la contienda familiar.

Durante el procedimiento judicial, las partes hablan a través de sus abogados y de las pruebas que aportan. En muchas ocasiones, si la parte contraria no solicita el interrogatorio de parte, ni siquiera intervienen personalmente para dar su versión de los hechos. La sensación general que transmiten es de insatisfacción y frustración, pues el poso que permanece es que no han podido exponer todo lo que querían. En cambio, a través del procedimiento extrajudicial, sea cual sea el método elegido, las partes tienen la oportunidad de explicar cómo se sienten, por qué razones realizan determinados pedimentos, y tienen la sensación de que sus intereses y preocupaciones son valorados más allá de lo recogido en el papel.

Ante esta tesitura, en los últimos años, han cobrado fuerza una serie de mecanismos extrajudiciales con el férreo objetivo de dejar en manos de las partes la gestión y resolución del conflicto, guiados por profesionales intervinientes que cumplen una función directora y gestora, pero que no tienen el poder de decisión que se les encomienda a los jueces. Hablamos de los conocidos como *Alternative/Adequate Dispute Resolutions* (Métodos Alternativos/Adecuados de Resolución de Conflictos), planteados como opción al procedimiento judicial sin intención de sustituirlo como tal, más bien como una manera diferente de entender la Justicia en su acepción más global. Dicho de otro modo, hay que saber que la posibilidad de acudir a los tribunales siempre queda abierta para las partes, que en caso de no lograr el objetivo a través de la vía negociadora siempre podrán presentar la correspondiente demanda. Los ADR se hacen oportunos, o más importantes, cuando los ex-cónyuges o ex-parejas no son capaces de alcanzar soluciones por sí solas, pues los expertos en los mismos son conocedores de técnicas y habilidades sociales y comunicativas necesarias en determinadas situaciones conflictivas.

Para poder entender las diferencias que existen entre los métodos adecuados de resolución de conflictos que conocemos y la existencia de las nuevas figuras emergentes, primero es necesario analizar en qué consisten los ADR'S y más concretamente, por ser el método de resolución extrajudicial más conocido, la mediación en el ámbito familiar. Todos ellos se incardinan dentro de un propósito de justicia de calidad, pero sensible con los problemas de las familias que se encuentran en proceso de reestructuración. En materia de fa-

milia, independientemente del método elegido, el acuerdo es la vía y el objetivo que subyace a cualquier negociación cuando se produce la crisis conyugal; y la obviedad de esta afirmación “no debe ocultar la dificultad del camino, ni tampoco nos debe desviar de esa dirección”⁵. Además, no debemos quedarnos en la consecución del acuerdo *per se*, sino que en manos del profesional que gestiona el conflicto se encuentra la ardua tarea educativa para que las partes sean capaces de gestionar conflictos futuros cuando éstos aparezcan.

Todos los ADR’s que se exponen a continuación, son “instrumentos para incidir en la gestión positiva de los conflictos de familia que ya están judicializados, con lo que se pretende, pese a no ser posible el acuerdo, que las personas adapten sus comportamientos a parámetros de mayor racionalidad”⁶.

Su finalidad principal consiste en reforzar el nivel de cumplimiento de las sentencias judiciales que tratan de conseguir que la familia funcione una vez la pareja se separa. Y aunque la mediación se configura, sin duda, como el método más conocido y hasta la fecha más utilizado, ésta conforma la metodología básica de todas las intervenciones que se realizan en el proceso de familia y que tienen en común un carácter extrajudicial muy marcado.

Sin negar el enorme esfuerzo realizado por muchos operadores jurídicos en lo que, a la implantación de métodos adecuados de resolución de conflictos, ésta avanza a un ritmo lento, apenas perceptible, pues no se ha invertido lo suficiente en nuestro país en “políticas públicas eficaces que hayan optado por la generalización de la nueva conciliación judicial, como ha ocurrido en Francia, o por la mediación derivada o aconsejada desde los tribunales durante la tramitación de los procesos, como ha ocurrido en Holanda”⁷. En otros países, como, por ejemplo, Italia, Bulgaria o Eslovenia, se ha sufrido la consecuencia negativa de implantar políticas públicas que introdujeron de manera prematura la obligatoriedad del intento de mediación como requisito de procedibilidad para la incoación de procesos judiciales en determinados ámbitos de conflictividad. Sin embargo, la inexistencia de un bagaje cultural conciliador y la falta de excelencia en la formación del mediador han dado lugar precisamente a una reacción adversa de abogados y jueces.

En países como Holanda y Alemania, el éxito de la mediación se encuentra precisamente en la confianza y empeño que los propios jueces han puesto en

5 DÁVILA RODRÍGUEZ, M., y SOTO ESTEBAN, R., 2015, *El coordinador de parentalidad, una propuesta...*, op. cit., pág. 174.

6 ORTUÑO MUÑOZ, P., 2018, *Justicia sin jueces...*, op. cit., pág.126.

7 GEMME, 2017, *Debate asociativo sobre el diseño...*, op. cit., pág. 5.

su difusión e implementación. Los jueces se han concienciado de las bondades de utilizar un método adecuado al conflicto familiar, y así lo han transmitido al resto de operadores jurídicos y a las personas que acudían al juzgado en busca de soluciones.

2. La inadecuación del proceso judicial en los conflictos de familia

Desde hace ya un tiempo, se viene poniendo en duda la eficacia del procedimiento judicial como tal para resolver los conflictos familiares cuando el germen de los mismos es un grado elevado de tensión emocional, que el esquema de vencedor y vencido agrava más si cabe. De hecho, se ha constatado que precisamente la sumisión de cuestiones familiares al procedimiento judicial contribuye a su cronificación, “por la acrimonia que genera y por la identificación de vencedores y vencidos”⁸.

Las quejas suelen ir en la misma línea: las mujeres víctimas de violencia de género consideran que la ley no les ampara lo suficiente; las madres o padres titulares de la guarda y custodia se quejan del incumplimiento en el pago de pensiones alimenticias o del régimen de visitas; también hay muchos padres que se quejan de la discriminación que sufren al continuar existiendo una preferencia latente a la custodia materna. Todo ello, unido a la desesperación de enfrentarse a procedimientos largos, tediosos y agresivos, que les exigen presencia física ante un tribunal con la consecuente rememoración de todos los hechos familiares vividos.

Esto es debido a que “el razonamiento jurídico es insuficiente para resolver determinadas tipologías de conflictos en las que inciden variables multidisciplinares. Es evidente que parece necesario incorporar otras metodologías que sitúen tres aspectos esenciales: el conflicto, la comunicación y la relación, con el fin de que los propios protagonistas autogestionen sus diferencias”⁹.

No puede identificarse la inadecuación del proceso judicial con una mala praxis por parte de los operadores jurídicos, sino más bien con las propias

8 Vid. LAUROBA LACASA, E., 2018, *Instrumentos para una gestión...*, op. cit., pág. 6. Ilustra la autora de manera excelente esta situación con una imagen del “progenitor derrotado en un procedimiento de modificación de medidas que baja los escalones del juzgado pensando que ha perdido un punto, pero que todavía se disputan el set”.

9 MORALES FERNÁNDEZ, M.G., 2004, “La mediación, contenida en la tutela judicial efectiva”, en (Coord. ORTUÑO MUÑOZ.P., LAUROBA LACASA.E.), *Mediación es Justicia, el impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*, pág. 100.

características del procedimiento, donde las pretensiones de las partes, que parecen encontrarse ligadas a parámetros jurídicos exclusivamente, no resuelven aspectos emocionales importantes que aparecerán durante el proceso o reaparecerán posteriormente.

A continuación, analizamos por qué razones este tipo de conflictos difícilmente podrá ser solucionado por el clásico esquema judicial adversarial¹⁰:

(i) En primer lugar, se trata de conflictos psicológicamente densos, en los que las partes son incapaces de entenderse en cuestiones básicas por una ruptura absoluta de la comunicación entre ellos, razón por la cual ponen en manos de un tercero la decisión sobre algo tan importante como es el funcionamiento de su familia, decisión en ocasiones impuesta y que será objeto de incumplimientos y multiplicación de procesos judiciales. El pleito real, el que trae consecuencias muy poco beneficiosas para los menores, comienza con la sentencia y no sólo para los cónyuges, sino para toda la familia que éstos arrastran.

(ii) En segundo lugar, no es adecuado ventilar cuestiones privadas sobre la vida familiar en un proceso de naturaleza pública.

(iii) Los conflictos familiares son dinámicos, y “lo que puede ser objeto de disputa en un momento determinado puede no serlo después, y viceversa, pues las relaciones jurídicas sobre las que se sustenta el conflicto y la aparición de nuevos elementos personales, relacionales, emocionales, nuevas circunstancias, etc., hacen que constantemente se ponga en entredicho lo resuelto en un determinado lugar y tiempo con base en una situación de hecho que poco o nada tiene que ver con la nueva realidad vivida”¹¹. Esta no inmutabilidad se traduce en que puedan surgir cambios en la vida de los progenitores y de los hijos: nuevas parejas, cambios laborales o de residencia, cambios en los hijos y en las relaciones familiares, etc. El dinamismo de la relación familiar deberá tenerse en cuenta por las partes, como, por ejemplo, hace el artículo 233-9 CCCat., al recoger la necesaria adaptación del plan de parentalidad a las circunstancias de padres e hijos.

(iv) El conflicto familiar no atiende exclusivamente a factores legales, siendo de vital importancia las cuestiones emocionales, que no tienen cabida en las categorías recogidas en las leyes y que “en puridad son supuestos de liti-

10 Vid. LUQUIN BERGARECHE, Raquel, 2007, *Teoría y Práctica de la mediación intrajudicial y extrajudicial en España*, Pamplona, Ediciones Thomson Civitas, pág. 42.

11 *Ibídem*, pág. 45.

giosidad impropia”¹². A modo de ejemplo, es imposible dirimir una controversia sobre cuántas horas debe utilizar un menor un móvil desde el aséptico punto de vista que la ley ofrece, lo que “comporta desplazar una perspectiva legal hacia una atención interdisciplinaria y holística, atenta a todos los aspectos que confluyen en el conflicto”¹³.

(v) Las partes manejan una información de la otra parte muchísimo mayor que en otro tipo de procedimientos, hecho a tener en cuenta, sobre todo, porque la toma de decisiones pueda verse influida precisamente por esa información.

(vi) Las actuaciones de los progenitores suelen tener consecuencias colaterales, tanto a corto como a largo plazo. Según recoge la autora anteriormente citada, “la disputa de unos progenitores sobre quién asume las clases de repaso del hijo puede dar lugar a que este haga bullying a un compañero de clase que destaca en esa materia”¹⁴.

(vii) La voluntad de las partes prevalece sobre cualquier otro interés, superándose el divorcio culpable, en el que debía darse alguna de las circunstancias recogidas en la ley para poder presentar demanda de divorcio y donde se seguía el criterio de vencedores y vencidos que a día de hoy continúa existiendo en el procedimiento judicial.

(viii) En el proceso judicial, hay más partes que los propios cónyuges, pues los familiares más cercanos, especialmente los abuelos, se ven afectados por todo lo que el mismo implica.

(ix) Por último, en materia de Derecho de Familia, la no judicialización del conflicto lleva a conseguir soluciones no impuestas por personas externas y mucho menos traumáticas para los afectados por el mismo.

Como hemos estudiado, el Derecho de Familia tiene unas características que hacen inadecuado para su solución el cauce judicial, al menos para una gran parte de los procesos. Precisamente por eso, podemos concluir que las características de esta jurisdicción son totalmente diferentes a las de cualquier otra. Y por ello, los mecanismos de resolución del conflicto deben ser diferentes a los utilizados para cualquier otro procedimiento en el orden civil.

Sin duda, es relevante la opinión del magistrado D. Pascual Ortuño con respecto a la necesidad de especialización de una jurisdicción de familia, que reproduzco a continuación y, entiendo, merece ser transcrita en su totalidad:

¹² LAUROBA LACASA, E., 2018, *Instrumentos para una gestión...*, op. cit., pág.9.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

“Tal vez una de las manifestaciones de mayor trascendencia de las singularidades (refiriéndose al Derecho de Familia) es el de los contactos entre menores y los profesionales del derecho que intervienen en los litigios por una y otra parte, o los que lo hacen institucionalmente desde el aparato de la administración de Justicia. Me refiero a fiscales o a jueces”¹⁵. Critica el magistrado que existe una preocupante falta de formación de los profesionales, que hace que el proceso judicial en sí mismo, tal y como está configurado, suponga un importante maltrato al menor, puesto que, incluso, “existen datos contrastados de menores que han sido explorados más de 40 veces por profesionales que carecen de las habilidades imprescindibles para la práctica de estas diligencias. En el derecho comparado (la Conferencia de la Haya realizó un estudio monográfico al respecto), estas exploraciones, interrogatorios o entrevistas son meticulosamente preparadas y trabajadas, y en la mayor parte de los casos, no son los jueces las que las realizan, sino profesionales expertos que auxilian al tribunal. Este es un buen test para conocer la lamentable realidad española”¹⁶.

La ley debería posibilitar una vía para “aquellas parejas en las cuales no exista acuerdo y cada uno necesite su espacio procesal para la discusión y defensa de sus derechos familiares o sus intereses personales. Aunque se trate de un derecho legítimo no deja de ser muchas veces la plasmación de las frustraciones y anhelos heridos. La no superación emocional de la ruptura debe abordarse por un camino más terapéutico y evitando afectar a terceros, sobre todo si son niños o niñas. La ley debería ser más pragmática en lo que se refiere a evitar este problema y facilitar en todo caso las vías de acuerdo, animando a las partes –casi obligando nos atreveríamos a decir- a asumir la responsabilidad en el ejercicio conjunto de la parentalidad. Es decir, el procedimiento debe evitar la exposición detallada de las querellas, los problemas emocionales y las cuestiones sin resolver, y obligar a elaborar un Plan de Parentalidad en el cual cada progenitor detalle la organización del cuidado del hijo. Además, será más positivo, si los profesionales invitan a la planificación y gestión del futuro y no a la descripción detallada del pasado”¹⁷.

En definitiva, el sistema legal debería proporcionar a las parejas que deci-

15 ORTUÑO MUÑOZ, P., 2012, “El proceso legal como...”, en *El Derecho ante...*, op. cit, pág. 190.

16 Ídem.

17 DÁVILA RODRÍGUEZ, M, SOTO ESTEBAN, R., 2015, *El coordinador de parentalidad, una propuesta...*, op. cit, pág. 175.

den divorciarse un amplio poder para resolver las disputas que le surjan, más allá de los trámites procesales tradicionales puros. Lo que MNOOKIN planteaba ya en el año 1979, es una manera alternativa de pensar acerca del papel de la ley en el divorcio, poniendo el foco en las negociaciones que se producen fuera de sede judicial¹⁸. Considera que la función primaria del procedimiento judicial es un marco en el que las parejas fijan los derechos y responsabilidades adquiridos en la etapa post disolución. En esta etapa, las partes deben ser empoderadas para crear sus propios compromisos ejecutables como forma de orden privado (*private ordering*). Esta denominación no significa ausencia de intereses sociales importantes en el proceso o del carácter justo o injusto de los resultados, o que el papel del Juzgado y el Derecho de Familia no sean relevantes en todo proceso. Pero podemos plantearnos hasta qué punto el ordenamiento jurídico anima a las parejas que deciden divorciarse a acudir a los juzgados en lugar de crear sus propios acuerdos, hasta qué punto las partes deberían “crear su propia ley a través del acuerdo privado”¹⁹. El sistema legal debe permitir distintos niveles de ordenación privada tras la disolución del matrimonio. En países como EEUU o Inglaterra, los cónyuges gozan de una amplia discrecionalidad para resolver sus disputas, entre otros factores porque los recursos para investigar a una familia son escasos. La posibilidad de que el acuerdo entre los cónyuges en lo relativo a sus hijos no pueda ser óptimo no es razón suficiente, pues también el Juez podrá equivocarse imponiendo las medidas que considera justas o favorables para el menor.

2.1. La adecuación del método de resolución de conflictos al caso: la Conferencia Pound

En el año 1906, el Decano de la Universidad de Nebraska, Roscoe Pound, ofreció una conferencia bajo el título “Las causas de insatisfacción popular con la Administración de Justicia”, un análisis exhaustivo de la situación del sistema judicial de la época que produjo un enorme revuelo en distintos sectores jurídicos. Posteriormente, en el año 1976, el Juez Burger, presidente de la Corte Suprema de EEUU, quiso reflexionar acerca de la situación judicial futura del país en la llamada “Conferencia Pound”, en honor al Decano

¹⁸ MNOOKIN Robert H, KORNHAUSER, Lewis, 1979, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce”, [en línea], 88 *Yale Law Journal*, pág. 938. (Traducción libre), Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol88/iss5/4>

¹⁹ *Ibíd.*, pág. 951.

de Nebraska, que tuvo una duración de tres días y se destinó a un total de 200 profesionales (abogados, jueces, fiscales y profesores de Universidad). La conferencia fue celebrada en St. Paul (Minnesota), precisamente para tratar la insatisfacción ciudadana con la administración de Justicia. Este fue el germen del que ahora conocemos como *Multidoor CourtHouse* o Tribunal Multipuertas y del auge de los *Adequate/Alternative Dispute Resolutions*.

Burger, en su conferencia, “adelantó que probablemente había otros mecanismos y procedimientos mejor adaptados para satisfacer las necesidades de los individuos, y se refirió concretamente a mecanismos flexibles para las reclamaciones menores, así como al arbitraje y a mecanismos más adecuados para los conflictos de familia”²⁰.

El profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, Frank Sander, tras pasar un año sabático en Noruega, se dedicó a analizar lo poco eficientes que eran los tribunales americanos, preocupación que puso de manifiesto a varios colegas de la Universidad que le propusieron para participar en la Conferencia Pound (con su ponencia “*Varieties of Disputing Processing*”), donde describió precisamente el paradigma mencionado del Tribunal Multipuertas.

El valor excepcional de la conferencia de Sander “estriba en la introducción del concepto de adecuación del procedimiento a la clase de conflicto, por una parte, y en la construcción ideal de un sistema de procesamiento de los conflictos, el tribunal multipuertas”²¹.

Las conclusiones de la Conferencia Pound se centraron en que era necesario encontrar métodos de resolución de conflictos más allá del litigio, especialmente en materia de familia, pues era necesario analizar la posibilidad de “gestionar estas cuestiones de gran sensibilidad e intimidad fuera de la formal y potencialmente traumática atmósfera de los Tribunales”²². El estu-

20 Vid. SOLETO MUÑOZ, H., 2017, *El abogado colaborativo...*, op. cit., pág.19. Según la autora, y citando a SANDER, la presión a la Administración de la Justicia se ha visto aumentada por diversos factores: “En tiempos anteriores, la policía, la familia, la escuela, la iglesia, ocupaban un espacio de resolución de conflictos que dejaron vacante, así como otros factores como la complejidad de la sociedad moderna y su problemática, el crecimiento del gobierno a todos los niveles y las expectativas que se han creado para los ciudadanos, entre otros”.

21 SOLETO MUÑOZ, Helena, 2017, “La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos”, [en línea], *Revista de Mediación*, volumen 10, nº1, pág. 3. Disponible en: <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2017/06/Revista19-e2.pdf>.

22 Ídem.

dio recogió la posibilidad de complementar el sistema judicial, o bien introduciendo nuevos métodos, o mediante una norma reductora (en el ámbito penal, por ejemplo, descriminalizando ciertas conductas). Para ello, resulta preciso analizar las características de los mecanismos de resolución de conflictos, ya existentes, mezclas de éstos e incluso otros nuevos, y “desarrollar criterios racionales para establecer qué clases de conflicto se resuelven por diferentes procedimientos, y de este modo, decidir con criterio qué asuntos deben quedarse en los tribunales para ser resueltos, y cuáles deben ser procesados de otra forma”²³.

Los criterios para elegir el método más adecuado, siguiendo la línea de Sander, son los siguientes:

- Naturaleza del conflicto a resolver: los problemas policéntricos (por ejemplo, un conflicto de familia, donde concurren multiplicidad de intereses) no resultan adecuados para un sistema de heterocomposición, puesto que no son adaptables a una solución absoluta de todo o nada. Por eso, una de las propuestas que Sanders lanza es la posibilidad de que sea otra entidad la que gestione determinados procesos, como por ejemplo el divorcio de mutuo acuerdo²⁴.

- La relación existente entre las personas en conflicto: se refiere a si una vez finalizado el litigio, las partes van a continuar teniendo relación (por ejemplo, tras un divorcio), siendo más necesaria en estos casos la búsqueda de acuerdo.

- Coste del procedimiento: se refiere Sander al coste económico, a lo que deberíamos añadir el coste emocional que tiene para las partes enfrentarse a procedimientos interminables.

- Cuantía del procedimiento: determinadas cuestiones de menor cuantía no deberían ser judicializadas.

- Rapidez: la derivación a métodos alternativos de resolución de conflictos y su posible solución es mucho más rápida que el proceso, aunque en todo caso dependerá de la complejidad del asunto.

²³ Ibídem, pág. 2.

²⁴ En España, esta propuesta se ha traducido en una realidad, pues los notarios han aumentado sus capacidades; entre otras, pueden tramitar divorcios de mutuo acuerdo siempre y cuando no existan menores de edad, tras la modificación de la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria. Algún autor, como FONTESTAD PORTALÉS, Leticia, 2018, “El procedimiento notarial con técnica monitoria y la Jurisdicción Voluntaria, naturaleza jurídica del procedimiento notarial”, en *El acceso a la Justicia*, Tirant Lo Blanch, Madrid, se plantea si este aumento de competencias de la figura del notario puede suponer una privatización de la Justicia.

La idea principal es la del “sistema flexible y variado de resolución de conflictos, que se organizarían a través del filtrado de casos en virtud de la adecuación del procedimiento de resolución al conflicto, concretamente apunta que podríamos tener una visión del futuro para el año 2000 en el que no veríamos simplemente un tribunal sino un centro de resolución de conflictos, en el que el ciudadano primero sería canalizado a través de un agente que cribaría el asunto y lo dirigiría al procedimiento o secuencia de procedimientos más adecuado a su tipo de caso. El directorio de la entrada del centro podría señalar que el funcionario que hace el filtrado está en la habitación 1, Mediación 2, Arbitraje 3, Concreción de hechos 4, Panel de filtrado de mala praxis 5 y Tribunal superior 6. Con este modelo se podría estar seguro de una cosa: habría amplias oportunidades de participar... Finalmente, las facultades de derecho deberían diversificar su casi exclusiva preocupación por el proceso judicial y empezar a exponer a los estudiantes al amplio grupo de procedimientos de resolución de conflictos”²⁵.

Por todas las razones expuestas, es preciso empezar a hablar de métodos adecuados de resolución de conflictos, y no tanto de métodos alternativos, pues en ocasiones ese calificativo no abarca todo el significado que con el método en sí se pretende²⁶. Esta nueva mentalidad de resolución de conflictos tiene como objetivo principal la satisfacción de las partes involucradas a través de procedimientos más económicos y flexibles y, en general, más adecua-

25 SOLETO MUÑOZ, H., 2018, *La conferencia Pound...*, op. cit., pág. 3.

26 En esta línea se pronuncia RODRÍGUEZ ROBREDO, María Inmaculada, 2018, “Algunos “otros” métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos”, [en línea], *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Volumen X, nº 3, pp. 799-847. Disponible en: <https://arbitrajeraci.files.wordpress.com/2018/03/rodriguez-robrero-i-raci-2017-2.pdf> “Actualmente se habla de resolución “adecuada” de conflictos, en vez de utilizar la palabra “alternativa”, por considerar que dicho término no siempre respondía a la técnica o al medio empleado; y, por tal motivo, en ciertos medios también se conoce como resolución amigable, adicional o asistida de conflictos. Además, siempre se ha criticado el término alternativo, por implicar siempre la pregunta, ¿alternativo a qué? La respuesta lógica sería: a la justicia estatal tradicional (y en algunos casos dentro de esta se incluye al arbitraje), pero no se pretende que estos mecanismos sean realmente alternativos o sustitutorios de la justicia estatal, sino más bien su finalidad es brindar un instrumento más, o una posibilidad más al abanico de medios con las que cuentan los ciudadanos para resolver adecuadamente sus diferencias. Esto asimismo no supone que unos y otros puedan ser válidos en todos los casos o que por los mismos motivos sean excluyentes entre sí, sino que habrá que analizar cada caso en particular para ver cuál de las opciones válidas es la más adecuada para el asunto en cuestión”.

dos, ya que se adaptan a sus verdaderas necesidades e intereses. Por tanto, al referirnos a ADR en este trabajo, consideramos que casa mejor con el objetivo de los mismos considerarlos adecuados y no simplemente alternativos.

2.2. El concepto de Multi-Door Courthouse

Surge así la revolucionaria idea del *Multidoor Courthouse* (Tribunal Multipuertas); recibe este nombre porque tras la intervención de Sander en la Conferencia Pound, la *American Bar Association* (ABA) publicó en portada de su revista una fotografía de un tribunal con muchas puertas de entrada al sistema de justicia.

La idea de este tipo de tribunal, que funciona en EEUU y tiene como objetivo garantizar el acceso a un sistema adecuado de justicia para los ciudadanos, consiste en lo siguiente: cuando un problema entra en el Juzgado, se realiza un asesoramiento jurídico previo en el que se diagnostica el problema, tras lo cual existen varias puertas diferentes a través de las cuales podremos canalizar al ciudadano para la mejor resolución del mismo. El evaluador, una vez estudiada la naturaleza del conflicto, establecerá cuál es el método más adecuado para solucionarlo entre las opciones con las que cuente (mediación, arbitraje, valoración de expertos, terapia, coordinación de parentalidad...). Si su apreciación es que va a resultar imposible solucionarlo por ninguno de estos cauces, se inicia la vía judicial. La criba de asuntos debe realizarla un oficial del Juzgado y no el propio Juez. Se plantea en lo relativo a esta cuestión un problema, pues es necesario que la persona sobre la cual recae tal responsabilidad cuente con una amplia formación y experiencia en resolución de conflictos y en materia jurídica. La existencia de varios modelos que pueden verse como competencia no debe resultar negativa, sino que “permite estimular el rendimiento y las mejoras de las nuevas versiones de uno y otro, que suelen plasmarse en las oportunas reformas legislativas. Como es lógico, en principio, los criterios de elección tienden a valorar la adecuación del modelo al caso controvertido y a potenciar sus ventajas intrínsecas en relación con la mejor resolución del mismo”²⁷. Es decir, que ante el conflicto no debemos plantear como una disyuntiva rígida e inamovible la elección entre proceso judicial u otras vías de resolución de conflictos, sino estudiar el caso concreto y sus características, pues en ocasiones la mejor vía para lograr una tutela ju-

²⁷ CARRETERO MORALES, E., 2016, *La mediación civil y mercantil...*, op. cit. pág. 72.

dicial efectiva será decantarnos por el proceso judicial, mientras que en otras deberemos estudiar otros métodos alternativos para resolverlo.

Para poder llevar a cabo el cambio de mentalidad que este modelo de Tribunal requiere, es muy importante que las partes interesadas experimenten algo diferente²⁸. En este caso, la ciudadanía experimenta la participación, la posibilidad de tomar decisiones sobre su futuro al seleccionar el proceso de resolución de conflictos, experimentando una forma diferente de resolución de disputas y teniendo más opciones, no solo la de acudir la sala del tribunal y esperar una resolución judicial. Además, una vez se inicia el procedimiento por la vía más adecuada, las posibilidades de satisfacción del cliente se dispararán, no como ocurre en el modelo tradicional, con sus sucesivas decepciones y contingencias. Los abogados también deben dar un giro a su mentalidad y saber adecuar la misma al nuevo sistema deseado, algo que desde luego se está llevando a cabo y ya puede apreciarse en algunos cambios introducidos que obligan a los abogados a informar de todas las opciones que un ciudadano tiene ante un conflicto²⁹.

3. El auge de los ADR

El auge del movimiento ADR se puede explicar por la existencia de dos fenómenos sociales. En primer lugar, por la aparición en la sociedad civil de instituciones nuevas con “la pretensión de ofrecer respuesta a la crisis de representatividad que padecen las sociedades actuales, con los profundos cam-

28 HERNANDEZ CRESPO, Mariana, 2008, “A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One)”, [en línea], *Papers*, pág. 670. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221, (Traducción libre). Notas extraídas de una conversación videograda entre los profesores Sander y Hernández Crespo que tuvo lugar en marzo de 2008 en la Law School de Harvard, en la que se explica la evolución del concepto de Tribunal Multipuertas.

29 “Código Deontológico de la Abogacía Española”, [en línea], *CGAE*, pág. 29, recoge lo siguiente con respecto al papel del abogado en lo relativo a la información al cliente sobre ADR’s: “*Se asesorará y defenderá al cliente con el máximo celo y diligencia asumiéndose personalmente la responsabilidad del trabajo encargado sin perjuicio de las colaboraciones que se recaben. Siempre se deberá intentar encontrar la solución más adecuada al encargo recibido, debiéndose asesorar al cliente en el momento oportuno respecto a la posibilidad y consecuencias de llegar a un acuerdo o de acudir a instrumentos de resolución alternativa de conflictos*”.

bios sociales y la complejidad social de unos conflictos cada vez más concretos y específicos, que requieren un tratamiento especializado”³⁰.

No cabe duda de que “el experto jurista y el ciudadano de a pie son cada vez más conscientes de que la Justicia puede obtenerse en otras instancias distintas y diferentes al proceso judicial. El arbitraje, la mediación o la conciliación vienen abriendo nuevos horizontes sobre la base de su regulación legal, las experiencias previas desarrolladas, o siendo más resultadistas, las propias consecuencias positivas de acudir a estas distintas opciones de solución al conflicto, y, en definitiva, de Justicia”³¹.

Por otro lado, como he expuesto anteriormente, se ha producido un importante aumento de los litigios debido a que vivimos en una sociedad cada vez más democratizada que acude en mayor medida a los tribunales para dirimir sus conflictos. Y el hecho en sí de la presentación de la demanda es una declaración formal de guerra³², el germen de una serie de sentimientos de ira y venganza hacia la otra parte difíciles de apaciguar una vez se ha tomado la decisión de judicializar el conflicto.

El Plan de Modernización de la Justicia, impulsado por el Ministerio de Justicia, recogía en su Actuación 4.2.3 el desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias de esta manera: “Esta actuación incluye una serie de medidas organizativas y legislativas que permitirán el progresivo establecimiento de procedimientos y sistemas para una solución de los conflictos jurídicos alternativa a la vía judicial. En concreto, se potenciarán mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje en distintas jurisdicciones, así como el arreglo extrajudicial de controversias entre organismos públicos. El objetivo es, de un lado, contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos como única vía de solución de los conflictos intersubjetivos y, por otro, ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como “ultima ratio”, a la cual los ciudadanos pueden acudir para lograr la defensa de sus intereses legítimos, ya que la tutela judicial efectiva es un derecho reconocido como fundamental en el artículo 24 CE.

El objetivo de los ADR's es evitar la contienda encarnizada y devolver a los

³⁰ RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel, 2012, *Bases para la mediación familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 25.

³¹ CARRETERO MORALES, E., 2013, *La mediación civil y mercantil...*, op. cit., pág. 72.

³² ORTUÑO MUÑOZ, P., 2018, *Justicia sin jueces...*, op. cit., pág. 15.

individuos que se ven afectados por el conflicto el papel de actor frente a esta situación, convertirlos en verdaderos protagonistas del proceso buscando de manera conjunta soluciones realmente satisfactorias para todas las partes implicadas.

El movimiento ADR se ha extendido exponencialmente ante la ineficacia de la Justicia para resolver ciertos conflictos, especialmente los relativos a Derecho de Familia por las siguientes razones:

“- Dan mayor satisfacción a las partes en litigio, otorgándoles un papel más activo.

- Producen resultados más rápidos,
- Permiten ahorro de tiempo y coste.
- Las decisiones que toman conjuntamente las partes afectadas pueden adaptarse a las necesidades particulares de cada una de las partes.
- Tienen mayor posibilidad de preservar la relación entre las partes (frente al modelo tradicional legal de ganador/perdedor).
- Las personas que llegan a un acuerdo por sí mismas están más predispuestas a cumplirlo que cuando les viene impuesto por un agente externo”³³.

Los operadores jurídicos, incluso los ciudadanos que en algún momento tienen necesidad de acudir a los tribunales, coinciden en que la Justicia es a día de hoy una institución agotada, cansada, renqueante y con múltiples achaques. Pero, a pesar de todo, continuamos acudiendo a ella para resolver nuestros conflictos, aun sabiendo que los procedimientos se eternizan y que, en muchas ocasiones, la decisión judicial no satisface nuestros intereses. El objetivo principal de las nuevas respuestas que ofrecen los ADR es al fin y al cabo favorecer una mejor ejecución de la resolución del conflicto, más allá de ganar un pleito. Además, la experiencia demuestra que el hecho de dar a las partes inmersas en un conflicto un mayor protagonismo para superarlo facilita la adopción de acuerdos; y se ha comprobado, asimismo, que cuando ellos elaboran los acuerdos, o al menos participan de manera activa en su creación, el nivel de cumplimiento de las resoluciones judiciales es altamente superior.

Por ello, podemos afirmar que en el siglo XXI existe un grupo importante de operadores del ámbito de la justicia (letrados, magistrados, procuradores), con amplia formación e inquietudes en la resolución de conflictos y mediación, que son capaces de visualizar y poner en práctica otras formas más adecuadas de gestionar las disputas, y que ejercen su presión e influencia para introducir y fomentar el uso adecuado de los diferentes medios de resolución de conflictos.

33 RONDÓN GARCÍA, L., 2012, *Bases para la mediación...*, op. cit., pág. 26.

Una reflexión que comparto aboga por la imperiosa necesidad “recobrar la confianza que el ciudadano depositaba en la Administración de Justicia, desde el diálogo pacífico y la más estricta observancia de la legalidad; defendemos una acepción amplia del acceso a la Justicia, pues esta no solamente comprende el derecho de acceso al proceso judicial, sino cualesquiera fórmulas alternativas de resolución de conflictos, siempre que sea adecuada a éste, entre ellas la mediación. Cada operador jurídico está llamado a cumplir un papel importante para cada procedimiento de mediación, y se requiere el esfuerzo de todos para trabajar de forma coordinada y garantizar el éxito de la institución”³⁴.

No podemos dejar de mencionar el auge y enorme importancia de los *Odr* (Online Dispute Resolution), a pesar de que no sean objeto de estudio en este trabajo. Pero si de algo ha servido esta crisis sanitaria y sus sucesivos confinamientos es para aprender a sacar provecho de las tecnologías, y adaptarlas a nuestra vida profesional. La mediación por medios electrónicos está recogida y prevista en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal.

En determinados tipos de mediación, especialmente la familiar, considero que el contacto directo del mediador y las partes es recomendable e incluso necesario, al menos en la sesión informativa, pudiendo desarrollarse de manera telemática el resto de las sesiones. Pero dada la flexibilidad del proceso, dependerá de las circunstancias de las partes y del requerimiento que realicen, no siendo preceptiva la presencialidad en la sesión informativa.

4. Los ADR como alternativa eficaz al proceso judicial

El Derecho no es sino uno de los modos disponibles de tratar de resolver los conflictos, pero por supuesto no es el único. El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la CE, en absoluto implica que la única vía para su consecución sea a través del litigio y, de hecho, “el experto jurista y el ciudadano de a pie son cada día más conscientes de que la justicia

³⁴ AVILÉS NAVARRO, María, 2017, “La mediación en los conflictos contencioso-administrativo”, SOLETO MUÑOZ, Helena (Coord.), *Mediación y Resolución de Conflictos; Técnicas y ámbitos*, Madrid, Editorial Tecnos, 3º Edición, pág. 753. La autora defiende la necesidad que existe de impulso de un cambio mediante una campaña de difusión y de divulgación de la figura de la mediación, “con la colaboración de la Administración Pública, a la que hay que hacer partícipe de las ventajas que ofrece. Para la mediación intrajudicial, será absolutamente necesario contar con la colaboración de todo el aparato judicial”.

puede obtenerse en instancias diferentes al proceso judicial”³⁵.

Es precisamente “la existencia de una justicia pública, accesible y eficiente la condición necesaria para que se plantee de forma correcta el problema de los métodos alternativos de resolución de las controversias. En efecto, debe colocarse a las partes en posición de elegir entre distintas técnicas de solución de controversias, entre las que tiene que existir una relación de equivalencia funcional. Esto significa que las distintas alternativas posibles, incluso la jurisdiccional, han de tener el mismo grado de eficiencia. Por tanto, es necesario que los legisladores garanticen la eficiencia y la accesibilidad a la justicia pública; sólo si se da esta condición, sería legítimo permitir que las partes elijan otros métodos para solución de sus controversias. En cambio, si la justicia pública no es accesible y no es eficiente, esto no solo supone una violación gravísima de las garantías constitucionales, sino que transforma las alternativas en remedios necesarios e inevitables, pues ya no serían objeto de una elección libre y discrecional de las partes”³⁶.

Ello nos lleva a concluir que, aunque contemos con un sistema judicial completo y seguro, no debemos reducir las opciones existentes a una sola, sino que, dentro del propio sistema judicial, se debería poder recurrir a otros métodos alternativos o adecuados, más propios de sociedades avanzadas. Pensemos que el sistema judicial siempre va a estar disponible si las partes no ven satisfechas sus pretensiones a través de los métodos extrajudiciales, pero estos deben ser utilizados siempre con carácter preferente.

Los tres métodos autocompositivos más conocidos son la negociación, la conciliación y la mediación. Estos métodos son especialmente eficaces cuando las partes, después del conflicto nacido, deben continuar manteniendo relaciones, como por ejemplo vecinos de una comunidad de propietarios, socios de una empresa o ex cónyuges con hijos menores de edad en común, así como cuando se pretende ahorrar costes o conseguir una resolución más rápida que la pretendida del proceso judicial. Sin embargo, a pesar del aparente auge y de los beneficios que se atribuyen a los ADR, España está a la cola en la implantación de los mismos, y “la situación resulta injustificable si atendemos a los compromisos asumidos en virtud de normas comunitarias de imperativa trasposición”³⁷.

35 Vid. CARRETERO MORALES, E., 2016, *La mediación civil y mercantil...*, op. cit. pág. 70.

36 *Ibíd.*, pág. 73.

37 ORTUÑO MUÑOZ, P, HERNÁNDEZ GARCÍA, J. 2007, *Sistemas alternativos...*, op. cit., pág. 76.

5. El método autocompositivo por excelencia: la mediación

A día de hoy, el método más conocido es, sin duda, la mediación. Está especialmente indicada en los conflictos que “presentan, de entrada, una especial complejidad, y es el medio más eficaz en los casos en los que el componente legal es secundario, es decir, aquellos en los que existen factores extralegales de mayor incidencia en el origen o desarrollo de la disputa”³⁸. Es decir, enfrentamientos personales que no quedarán resueltos por el mero hecho de tener una sentencia firme, incluso aunque la misma sea favorable a sus intereses.

La posibilidad de poder acceder a un proceso de mediación una vez se ha iniciado la vía contenciosa es una oportunidad para que las partes puedan adquirir conciencia de los efectos del camino elegido, y asumir su responsabilidad de variar o continuar el procedimiento. Cuando las partes reciben información sobre el proceso de manera conjunta, más, si en su caso, además proviene de un Juez, se evitan suspicacias o malas interpretaciones y utilizaciones negativas de la misma. La mediación se convierte así en una suerte de respiro dentro del marco confrontativo del Juzgado, que requiere de las partes confianza y voluntad.

Las prácticas negociadoras están “ganando adeptos en nuestro país y ya son cada vez más los abogados que se forman en mediación e intentan fomentar la práctica entre sus clientes”³⁹, aunque todavía queda un largo camino porque existen profesionales que no creen en las virtudes de esta fórmula e intentan que las partes vayan a un procedimiento contencioso o, a lo sumo, firmen un convenio regulador tipo, sin atender a las circunstancias personales y sin que las partes hayan decidido nada.

Por último, y según recoge ORTUÑO MUÑOZ, la inserción generalizada de la mediación en la regulación legal “es un indicador claro de que se está superando el concepto de divorcio como sanción, que ha caracterizado la regulación legal de las crisis familiares en el pasado. Con la mediación como instrumento legal específico, ya introducido por muchos países en su legislación, se contemplan las crisis familiares como un acontecimiento normal, habitual y no traumático del devenir de las relaciones afectivas: su objetivo es procurar la superación de los problemas que en ellas se generan con el menor

³⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P. 2018, *Justicia sin jueces...*, op. cit., pág. 75.

³⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, 2018, *Nadie pierde. La guarda y custodia compartida, aspectos jurídico procesales*, Madrid, Dykinson, pág. 214.

coste emocional para todas las partes implicadas, en especial para los hijos menores⁴⁰.

A nivel estatal, la mediación ha sido regulada en la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, que incorpora al Derecho español la Directiva CE 52/2008. En el preámbulo se recogen las ventajas de la mediación, como su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables, la flexibilidad del procedimiento, el ahorro en tiempo y dinero... A nivel autonómico, prácticamente el total de las Comunidades Autónomas cuentan con su propia ley de mediación⁴¹.

La mediación viene informada por una serie de principios que vienen determinados en los artículos de 6 a 9 de la *Ley 5/2012*: Confidencialidad, imparcialidad y neutralidad del mediador, buena fe, igualdad y voluntariedad.

Esta voluntariedad es precisamente la que da fuerza al proceso, ya que son las partes las que deciden qué diálogo se va a iniciar y qué acuerdo se va a tomar, en caso de que éste sea posible, ya que en cualquier momento las partes pueden abandonar las conversaciones. Este principio no es común a todos los países europeos. De hecho, en Noruega es obligatoria la asistencia a una sesión informativa para todos aquellos procedimientos de separación o divorcio siempre que existan hijos menores de 16 años. En Australia, acudir a la mediación es un prerrequisito antes de poner a iniciar el procedimiento, lo cual se acredita con un certificado que demuestre el intento de mediación previa, salvo en caso de que exista violencia familiar. En Italia, al transponer la directiva 2008/52/EU se estableció el carácter obligatorio de este procedimiento

40 ORTUÑO PASCUAL, P., 2018, *Justicia sin...*, op. cit., pág. 106.

41 Cataluña: *Ley 15/2009, de 22 de julio de mediación en el ámbito del derecho privado*; Galicia: *Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar de Galicia*; Comunidad Valenciana: *Ley 24/2018 de 5 de diciembre, de mediación de la Comunidad Valenciana*; País Vasco: *Ley 1/2008 de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco*; Canarias: *Ley 15/2003 (modificada en 2005), de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias*; Castilla La Mancha: *Ley 1/2015 de 12 de febrero del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla la Mancha*; Castilla-León: *Ley 1/2006 de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León*; Baleares: *Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares*; Comunidad de Madrid: *Ley 1/2007, de 21 de enero de Mediación Familiar de Madrid*; Asturias: *Ley 3/2007 de 23 de marzo de Mediación Familiar del Principado de Asturias*; Andalucía: *Ley 1/2009, de 27 de febrero, que regula la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía*; Aragón: *Ley 9/2011 de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón*; Cantabria: *Ley 1/2011 de 28 de marzo de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria*.

en determinados procedimientos, como sucesiones o arrendamientos, lo cual da fuerza a algunas voces que defienden la incorporación de la mediación con diferentes grados de coerción, especialmente en materia de familia, aunque precisamente en Italia la mediación no es preceptiva para estos procedimientos. Cuando nos referimos a la “obligatoriedad” de la mediación, la misma simplemente implica la asistencia a una primera sesión informativa, tras la cual las partes pueden decidir libremente si deciden iniciar el procedimiento u optar por una vía diferente.

El 11 de enero de 2019 se aprobó el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, ante la consideración de que la *Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles* no ha tenido el impacto esperado, obstaculizado por una cultura ajena y reacia a esta forma de resolución de conflictos intersubjetivos. El Anteproyecto tenía como objetivo “*articular formulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas entre particulares. Para ello se aborda la reforma desde varios frentes normativos, como son la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita*”⁴².

La principal novedad del Anteproyecto fue la inclusión de un modelo de “voluntariedad mitigada”, precisamente con el objetivo de impulsar la mediación para resolver los conflictos, se obliga a aquellas personas que pretenden acudir a los tribunales a someterse a una sesión informativa y exploratoria, pero no a todo el proceso de mediación, superando así el vigente modelo de mediación basado en la voluntariedad. Este anteproyecto no llegó a ver la luz.

En el mes de diciembre de 2020, se promulgó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 15 de diciembre de 2020. Se retende dar respuesta a los desafíos surgidos como consecuencia del Covid-19, regulando la implantación de los MASC (o ADR’s) en asuntos civiles y mercantiles, sin perjuicio de que en el futuro pueda extenderse a otros ámbitos. En este documento, la mediación se potencia conviviendo con otros métodos. El acuerdo tiene la misma validez que la sentencia,

42 Preámbulo del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación de 11 de enero de 2019. Disponible en: <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2019/01/anteproyecto-ley-impulso-mediacion.pdf>.

adquiriendo valor de cosa juzgada, pero se diferencia del laudo arbitral en que para que sea ejecutable deberá ser elevado a escritura pública o ser homologado judicialmente.

Según recoge el artículo 1, *“Se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral”*.

Para entender cumplido el requisito de procebilidad, habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar. *“Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente pero que cumpla lo previsto en el apartado anterior y permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente”*. Según se desprende de la redacción del texto, el mero hecho de demostrar que los abogados han intentado, o incluso simplemente propuesto, un intento de negociación previo a la interposición de la demanda, es suficiente para su admisión, lo cual no logra cumplir con el espíritu de la ley, sino que se considera un mero trámite que debe ser acreditado. Qué duda cabe que los abogados, en general, ya intentamos negociar antes de iniciar un procedimiento, aunque este trámite no sea obligatorio.

El Anteproyecto no obliga a las partes someterse a un proceso completo de mediación, solamente a una sesión informativa y exploratoria, y recoge como requisito de procebilidad acudir previamente a cualquier Adr para que la demanda se admita a trámite⁴³.

En lo que respecta a la idoneidad de la obligatoriedad o no de asistir a una sesión informativa de mediación, son muchos los expertos que consideran que “resulta imprescindible para fomentar y dar a conocer la mediación

43 El Anteproyecto no recoge la exigibilidad de actividad negocial previa como requisito de procedibilidad cuando se pretenda iniciar un procedimiento para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil y cuando se solicite autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

como método complementario de resolución de conflictos, la introducción de modelos obligatorios de mediación imponiendo la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa de mediación a las partes en litigio, sin perjuicio de la voluntariedad del proceso de mediación, por cuanto solo después de conocer en qué consiste la mediación, las partes se encontrarán en disposición de decidir de forma voluntaria si inician o no el proceso de mediación”⁴⁴.

Según vaticinan algunos expertos, “el resultado práctico es que no se va a fomentar la mediación, sino que las cosas van a permanecer inmutables, bastará con enviar una carta, menos intimidatoria, al otro abogado emplazando a la otra parte, y ante su negativa, daremos por cumplido el requisito de procedibilidad”⁴⁵. Tendremos que esperar a la implantación de dicha ley, que entra en vigor a los tres meses de su publicación, para comenzar a ver los resultados.

5.1. La mediación en los procesos de familia

La mediación familiar nace en España en torno a los años 90 para dar respuesta a las situaciones de conflicto en el ámbito familiar, en una línea similar a la ya iniciada anteriormente en el resto de Europa⁴⁶. La mediación familiar cuenta con unas características similares a las de cualquier proceso de mediación utilizado en otros ámbitos jurídicos, pero por su particular objeto cuenta con peculiaridades que merecen ser explicadas.

La mediación puede definirse como “el proceso de diálogo estructurado de forma flexible, que tiene por objeto la reconstrucción de los vínculos familiares después de la ruptura de una relación afectiva, y que se desarrolla sobre

44 Vid. ANDRÉS JOVEN, Joaquín María, 2010, *Conclusiones auxiliares en el ámbito de Familia* (Madrid, 17, 18 y 19 de febrero de 2010), [en línea], SEPIN, pág.2, Disponible en: <https://docplayer.es/5220175-Conclusiones-del-seminario-sobre-instrumentos-auxiliares-en-el-ambito-del-derecho-de-familia.html>

45 MURCIANO, Gema, 2020, *Las dos caras del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio Público de Justicia*, [en línea], SEPIN, de 23 de diciembre de 2020, disponible en: <https://blog.sepin.es/2020/12/anteproyecto-ley-medidas-eficiencia-procesal-servicio-publico-justicia/>

46 Si bien es cierto que la mediación familiar sigue una pauta similar a países vecinos, en España aparece con dos décadas de posterioridad (RONDÓN GARCÍA, L.M, 2012, “*Bases para la mediación...*”, op. cit., pág. 27), ya que, hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978, “las demandas y conflictos familiares eran competencia fundamentalmente de los tribunales eclesiásticos”.

tres ejes esenciales: a) la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, prevalece lo que las partes acuerdan sobre la regulación legal, b) la asunción de la responsabilidad de todas las decisiones únicamente por las partes afectadas por el conflicto, c) la intervención, como facilitador de la comunicación, de un tercero profesional e imparcial (el mediador)”⁴⁷. El hecho de cerrar un acuerdo a través de una mediación “implica la consecución del objetivo: resolver el conflicto a través de este sistema complementario y extrajudicial, y a ello se habrá llegado gracias a los buenos oficios del mediador y a la voluntad de las partes de construir y formalizar una solución que les resulte adecuada y aceptable para sus intereses”⁴⁸.

La mediación familiar se basa en la racionalización de lo ocurrido⁴⁹, y en la búsqueda común para superar el conflicto de manera positiva, y arrojará resultados beneficiosos siempre y cuando la atención de los progenitores acabe centrada en sus hijos.

La complejidad de la vida social en las sociedades modernas, unido a la multiplicación geométrica de los conflictos derivado de diversos factores sociológicos han mostrado la insuficiencia de los métodos clásicos de decisión basados en metodologías heterocompositivas. Además, algunos autores consideran que la vía contenciosa magnifica el comportamiento negativo de los individuos y minimiza el positivo; la exposición pública de aspectos que pertenecen a la esfera personal en un procedimiento judicial provoca sentimientos negativos tales como la ira, la vergüenza... El ámbito en el que probablemente se encuentra más justificada la intervención alternativa es en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio en los que hay hijos. Aunque no exista una intencionalidad directa de maltrato a los hijos, éste existe y, a largo plazo, tiene consecuencias en los menores por diferentes motivos: declaración de los hijos en el proceso judicial, falsas denuncias de abuso sexual, ilusión de una reconciliación, o utilización del menor como espía o mensajero. Incluso, puede llegarse en determinadas situaciones a un maltrato físico producido por una sobrecarga de las obligaciones del menor.

El crecimiento de los ADR’S ha conllevado la revisión de la función de la

47 Traducción libre de ORTUÑO MUÑOZ, P., 2018, *Justicia sin jueces*, op. cit., pág. 108, de la definición dada por el Consejo Nacional Consultivo de Mediación Familiar en Francia, institución creada por la Ley 305/2002 de 4 de marzo.

48 MARTÍN DIZ, Fernando, 2010, *La mediación como sistema complementario de la administración de Justicia*, CGPJ, Madrid, pág. 124.

49 Vid. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, 2013, “Mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, pág.3.

Justicia en determinados conflictos judiciales en los cuales no se necesita una función impuesta, “con la secuela de un ganador y un perdedor, propio de la estrategia bélica clásica, sino de una real y efectiva solución de los conflictos que permita la pacificación de las relaciones sociales, especialmente cuando la naturaleza de las mismas impone que las partes en litigio deban seguir manteniendo una relación personal y directa en el futuro, como es el caso de las relaciones en Familia”⁵⁰.

Existen diferencias entre el mediador que interviene extrajudicialmente o aquel que aparece cuando ya se ha iniciado la batalla judicial. En el segundo caso, puede resultar más complicado atemperar los ánimos, pues la interposición de la demanda es una declaración de guerra. El nivel de enfrentamiento en el proceso judicial suele ser muy elevado, y provoca heridas importantes en el ánimo de los contrincantes (así podemos definirlos porque en general, esta es la imagen que proyectan de ellos mismos). Sin embargo, el uso de la mediación antes de iniciar el procedimiento contencioso no es a día de hoy muy habitual. Una de las razones puede encontrarse en la falta de información de esta vía, así como una implementación cultural escasa en nuestra sociedad del uso de métodos de resolución alternativa de conflictos. No solamente debería fomentarse el uso de la mediación intrajudicial, una vez iniciado el procedimiento, sino también en la fase anterior a la presentación de la demanda.

5.2. ¿Deben los menores intervenir en el proceso de mediación y en la redacción del plan de parentalidad?

No es una pregunta fácil. El impacto de la separación conyugal debería interferir lo menos posible en los menores, tal y como hemos defendido a lo largo del presente trabajo. Pero, parece que esta protección puede chocar con el derecho del menor a ser escuchado. La pregunta que surge tras analizar el modo en el que se lleva a cabo una mediación en la que participan adultos para solucionar sus problemas es ¿y los menores, deben participar en alguna fase de la misma? La objeción principal a que esto suceda es que se les coloca en medio del conflicto y se incrementa su sufrimiento por el llamado conflicto de lealtades (si digo X, o mamá o papá pensarán que no les quiero).

En este aspecto podemos distinguir dos tipos de mediación: la centrada

⁵⁰ ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2010, *Sistemas alternativos...*, op. cit., pág., 10.

en menores, que responde a la fórmula clásica en la que el objetivo es lograr acuerdos en interés del menor (*Focused-Child Mediation*), y la que incluye a los menores (*Inclusive-Child Mediation*). Se trata de un “debate entre protección/participación, rebotante de buenas intenciones”⁵¹, en el que se juxtaponen dos visiones acerca del papel del menor en el divorcio.

Existen ciertos casos en los que la intervención de los menores en el proceso de mediación puede considerarse positiva: “cuando el niño/a ha expresado repetidamente a uno de sus progenitores sus preferencias por cierto reparto de tiempo, y esta preferencia es discutida por la otra parte, se puede entrevistar al niño, lo que puede llevar a que se resuelva la discrepancia (...); si el niño ha pedido específicamente hablar con la persona mediadora, se debe cumplir con la petición para validar sus sentimientos, preocupaciones y opiniones; si los padres son incapaces de comprender las consecuencias destructivas que su comportamiento beligerante tiene sobre sus hijos”⁵². Los defensores de la inclusión del menor consideran que refuerza la voluntad de sus progenitores para que se centren en sus necesidades y no en sus posiciones, y que es muy probable/frecuente que les den información adecuada sobre su divorcio; los detractores de esta opción creen que éste es el escenario propicio para que surjan los conocidos conflictos de lealtades, y que además supone una abdicación clara de la responsabilidad parental.

Además, su participación puede estar contraindicada debido a que van a entrar en contacto con determinados detalles de sus padres que pertenecen a la intimidad de pareja, conocer las razones del conflicto, o recibir información que aliente o incremente los conflictos de lealtades.

No podemos generalizar y dar una opción por válida con carácter universal. Un menor maduro y capaz de entender la realidad que está viviendo podrá aportar una información valiosa al procedimiento de mediación; en cambio, si en algún momento se considera que el menor no está capacitado para enfrentarse a la realidad del divorcio de sus progenitores, de nada servirá traerlo al proceso, salvo para aumentar su sufrimiento y estrés. En mi opinión, en la medida de lo posible debe evitarse la participación de los hijos en todo lo relativo a la crisis de pareja, tanto a nivel judicial como extrajudicial. Pero no dejemos de lado que siempre será menos estresante someterlo a un

51 LAUROBA LACASA, E., 2018, *Instrumentos para una gestión...*, op. cit., pág. 17.

52 Vid. SORIA VERDE, Miguel Ángel, VILLAGRASA ALCALDE, Carlos, ARMADANS TREMOLOSA, Inma, 2008, *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, Barcelona, BOSCH, pág. 41.

proceso de mediación que a un procedimiento judicial, más rígido y aséptico, donde la interacción se limita a mantener una conversación con el Juez o ser examinado por el equipo psicosocial.

5.3. Diferentes modelos de mediación en el ámbito de Derecho de Familia

Existen diferentes estilos a la hora de dirigir una mediación, los cuales varían dependiendo del contexto en el que se desarrolle. Las dos diferencias claves son: (i) el papel que adquiere el mediador y (ii) el objetivo final del proceso. Según el papel que desempeñe el mediador, nos encontraremos en un modelo de mediación pasiva, cuando la interacción del mediador pasa exclusivamente por encaminar a las partes a llegar a un acuerdo, siendo más importante su presencia y lo que ello implica que su intervención. En los métodos de mediación activa, el papel del tercero es proactivo, emite sugerencias y desarrolla un plan estratégico.

La mediación facilitadora: Se puede considerar como el modelo tradicional de mediación en el ámbito de los conflictos familiares, y se caracteriza por que el mediador toma control del proceso para que las partes ejerzan su poder para buscar todas las posibles soluciones al conflicto, con el objetivo principal de alcanzar el acuerdo a través de la negociación. En la mediación facilitadora, “el mediador no hace recomendaciones, ni da opiniones personales, y mucho menos influye sobre la decisión de las partes. Como parte de su labor, debe asegurarse de que, si se logra un acuerdo, los involucrados contemplen consecuencias que tendrá, no solo para ellos sino para terceros”⁵³, como por ejemplo pueden ser los hijos de una pareja. Este modelo de mediación se basa en atender los intereses de todas las partes implicadas en el conflicto.

El rol principal del mediador es “controlar la interacción de las partes en el proceso, con un procedimiento estructurado más o menos flexible para lograr el resultado que se desarrolla en sesiones conjuntas y privadas”⁵⁴, pero siempre desde una posición neutral, imparcial y equidistante. Su objetivo es ayudar a las partes a negociar para llegar a un buen acuerdo, teniendo en cuenta los intereses comunes de las mismas, que subyacen en cualquier negociación.

53 SÁNCHEZ PÉREZ, José (Coord.), 2005, *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, pág. 63.

54 RONDÓN GARCÍA, L.M, 2012, *Bases para la mediación...*, op. cit. 179.

La mediación evaluadora o directiva: En este modelo, el mediador debe ser conocedor o incluso experto en la materia a tratar, “por lo tanto tiene capacidad para opinar y evaluar la conveniencia de las diferentes opciones para encontrar la solución”⁵⁵. Tiene capacidad para influir con su evaluación el resultado final. Este modelo no es muy frecuente en el ámbito del Derecho de Familia y se suele utilizar en aquellos procedimientos que se encuentran en fase de litigación y que precisan de un experto en la materia a debatir. El mediador experto actúa de manera proactiva, evaluando tanto con las partes como con sus abogados todas las vías existentes, prediciendo, en ocasiones, lo que haría un Juez en esa situación. Es el tipo de mediación donde el tercero adquiere un papel más proactivo.

Existen algunas voces que no se muestran conformes con el hecho de que el mediador participe tan activamente en el proceso, incluso hasta ven como un inconveniente el hecho de que tenga conocimientos específicos sobre la materia sobre la que versa el conflicto, “ya que la neutralidad e imparcialidad del mediador puede verse comprometida, puesto que analiza condiciones, circunstancias y hasta responsabilidades en el proceso de negociación que está facilitando”⁵⁶. También creen que el mediador corre el riesgo de poder convertirse en algún momento del proceso en árbitro o en Juez, emitiendo una opinión de tal manera que las partes la tomen como la opción correcta.

No se puede, por tanto, siguiendo este modelo de trabajo, tratar de reemplazar el trabajo que las partes deben asumir en la consecución de acuerdos⁵⁷. En ocasiones, “la emisión de opiniones puede poner en riesgo la credibilidad del conciliador como tercero neutral de las partes, así como limitar ampliamente los beneficios en cuanto al reconocimiento de su capacidad de autodeterminación y las implicaciones, a nivel personal y relacional, del fortalecimiento sobre la conciencia de lo que cada uno es capaz de hacer”⁵⁸.

La mediación transformativa: Este enfoque se desarrolló hace más de dos décadas con el objetivo de atender algunas carencias que se apreciaban

55 Ibídem, pág. 65.

56 Ibídem, pág. 66.

57 FARIÑA, G., 2015, *El poder transformador de la...*, op. cit., pág. 2. Según la autora, “si defendemos como característica esencial de la mediación y la conciliación la autodeterminación de las partes, cualquier intervención que vaya en contra de este principio (sugerir, opinar lo que deberían hacer, lo que está bien o mal, etc.) iría en contra del principio mencionado”.

58 Ibídem, pág. 4.

en la mediación⁵⁹. Los estudios realizados comenzaron a observar que los procesos de mediación se parecían cada vez más a los métodos tradicionales que precisamente querían reemplazarse⁶⁰. Esta metodología se basa en la mejora de la relación entre las partes y no tanto en la mera satisfacción de una necesidad mediante un acuerdo. Las bases de la mediación transformativa se asientan en “la mejora o transformación de las relaciones, aprovechando la riqueza de las mismas, como una fuente de información y entendimiento entre las partes”⁶¹.

El modelo transformativo considera que el conflicto aleja a las partes de sus fortalezas y su conexión con los demás, minando su capacidad de relacionarse con otras personas. Prácticamente todo el mundo se siente incómodo en situaciones de conflicto; esta es la razón principal por la que acuden a mediación, pues consideran más gratificante abordar esta crisis vital de un modo positivo. El conflicto genera en las partes una sensación de incapacidad, de debilidad, pues nadie es inmune a él, aunque comience la “batalla” desde una posición de poder con respecto al otro. Muchas parejas que se enfrentan a un divorcio manifiestan que su objetivo es cerrar el asunto para poder salir de la amarga experiencia vivida, revertir el círculo negativo del conflicto, para lo que necesitan desarrollar la capacidad de entender al otro y de regenerar su propia fortaleza; sino lo hacen, a pesar incluso de haber llegado a un acuerdo, las partes quedan incapacitadas.

Este modelo reconoce que, en general, el conflicto suele tender a un crecimiento de la escalada, que degrada la interacción, debido a la susceptibilidad de los seres humanos ante la debilidad. Pero también somos capaces de desarrollar otros sentimientos como la compasión, la necesidad de independencia, la fortaleza o la empatía; cuando esto se activa, se podrá regenerar la interacción.

La mediación transformativa parte del objetivo de revertir la espiral de desvalorización, de falta de respeto al otro o de percepción negativa de todas sus acciones, más allá de simplemente centrarse en resolver el conflicto.

59 Los grandes referentes de este modelo son BUSH y FOLGER, autores de la obra *La promesa de la mediación: Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de otros*.

60 Vid. FOLGER, JOSEPH P., 2008, “La mediación Transformativa, preservación del potencial único de la mediación en la resolución de disputas”, [en línea], *Revista de Mediación*, Disponible en <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Mediacion-02-02.pdf>

61 RONDÓN GARCÍA, L.M, 2012, *Bases para la mediación...*, op. cit., pág. 181.

El papel del mediador en este tipo de mediación consiste en propiciar el cambio para transformar la situación inicial a otra en la que se puedan generar respuestas, incluso aunque se sigan generando conflictos en el futuro. El mediador apoya, nunca suplanta, para que las partes tomen conciencia, se valoren a ellos mismos y a la contraparte.

Aunque se han abordado estos tres modelos, podemos encontrarnos con otros estilos que fluctúan de uno a otro, adaptándose a las circunstancias concretas de cada situación familiar. Y aunque, en general, se suele tomar la mediación facilitadora como la idónea en el ámbito de los conflictos de familia, y aunque pueda parecer una obviedad, “hay que tener en cuenta que la mediación ideal es la mediación más adecuada para el caso y para las partes”⁶².

5.4. Ventajas de la mediación en el proceso de familia

Las ventajas más destacables son las repercusiones de la mediación a nivel emocional: control sobre el resultado del procedimiento, reducción del estrés, mayor probabilidad de cierre del conflicto, mejora de la imagen o autoimagen, reducción del tiempo de incertidumbre y conservación de las relaciones⁶³. Añadiría la recogida en la Ley 5/2012, que adquiere una importancia especial en lo que a los conflictos familiares se refiere: el mantenimiento de las relaciones subyacentes. A pesar de la ruptura, como hemos repetido, las relaciones interfamiliares continuarán durante muchos años, por lo que es necesario que las mismas sean cordiales dentro de las posibilidades que existen tras una separación. Y esta situación será más fácilmente alcanzable en un ambiente de mutuo acuerdo que en una lucha judicial encarnizada.

En una sociedad tan sumamente judicializada, la mediación “devuelve la confianza al ser humano, las familias y las relaciones sociales, fomentando las potencialidades de las personas, que puedan cumplir las normas y llegar a acuerdos sobre sus problemas por ellos mismos, con la ayuda de un tercero o un mediador, legitimando así a las partes en sus decisiones”⁶⁴.

Es más, citando la Exposición de Motivos de la *Ley 9/2011 de 24 de marzo de Mediación Familiar de Aragón*, “*tampoco debe olvidarse que los problemas a través del proceso de mediación no suelen evolucionar a formas más controvertidas de resolución, evitando y previniendo en muchas ocasiones*

62 SOLETO MUÑOZ. H, 2014, *El abogado colaborativo...*, op. cit., pág. 111.

63 SOLETO MUÑOZ, H, 2017, *El abogado colaborativo...*, op. cit., pág. 102.

64 Ídem.

situaciones familiares de malos tratos”, además de dar recursos a las partes para aprender a tratar los problemas a medio y corto plazo. Sin embargo, no es menos cierto que en familias en las que existe un alto grado de conflictividad, queda un tanto inoperativa, debiendo reinventar las herramientas ya existentes para lograr no tanto el acuerdo por el acuerdo, sino la reducción de la conflictividad en el núcleo familiar, así como el aprendizaje de herramientas que ayuden a las partes a resolver problemas presentes y futuros.

Las ventajas estratégicas de la mediación son, principalmente, una mayor probabilidad en el cobro/ejecución del acuerdo, la reducción del tiempo invertido y la reducción de costes económicos.

Las ventajas enumeradas de la mediación intrajudicial para los usuarios de la Justicia explican el incremento observado en los asuntos derivados en España, que aún dista mucho de alcanzar las cuotas deseadas.

En el año 2017, un total de 5.562 asuntos fueron derivados a mediación familiar en España, de los cuales solamente 615 finalizaron con avenencia entre las partes⁶⁵. Si bien es cierto que el número de derivaciones a mediación intrajudicial ha aumentado de manera exponencial (en el año 2009, las derivaciones totales fueron 1.642; en 2010, 2.242), no son tan optimistas los datos relativos a los procedimientos de mediación que finalizan con avenencia, es decir, en los que se firma acuerdo entre las partes. Tampoco resulta halagüeño el hecho de que muchas de ellas ni siquiera finalicen, puesto que significa que las partes no han confiado en este sistema para solucionar sus problemas.

Existen también profesionales reacios a aplicar técnicas negociadoras o a derivar a mediación, y se echa de menos una mayor implicación de todos los operadores jurídicos para impulsar e integrar la mediación al sistema judicial de manera efectiva. Integrar la mediación en el sistema judicial en ningún caso implica un mecanismo de reducción de lo público, ni tampoco supone la privatización del acceso a la justicia, como algunos operadores jurídicos pretender hacer ver.

5.5. Crítica a la mediación

La evolución en la implantación de la mediación en España es más bien lenta, ya que existe cierta desconfianza a aquellas soluciones que no tengan

⁶⁵ Datos extraídos del CGPJ, 2018, Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Medios-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/Mediacion-Intrajudicial/>

como base la aplicación de la ley. A día de hoy, los índices y estadísticas nos confirman que apenas se recurre a la mediación. De acuerdo con el informe realizado por el Parlamento Europeo en fecha 24 de junio de 2017, se utiliza en el 1% de todos los asuntos que llegan a los Tribunales, razón por la cual suele hablarse de la *European Mediation Paradox*, ya que 10 años después de la entrada en vigor de la directiva que introducía la mediación en Europa⁶⁶, ésta se encuentra lejos de alcanzar los objetivos establecidos para fomentar su uso. De ahí la paradoja, pues se trata de un ADR elogiado y promovido universalmente, pero que apenas se utiliza, situación especialmente preocupante si nos ceñimos a su escasa implementación en los procesos de familia.

Cuando llega al punto en el que se propone la mediación intrajudicial, tal y como ésta se encuentra configurada en la actualidad, las partes solamente quieren una resolución, sea la que sea, pues ya han llegado ya a un punto muerto. Según su experiencia como magistrado, no se ha obtenido ni un solo acuerdo con este modelo de mediación. Considero que la mediación realmente útil es la preprocesal, cuando el conflicto todavía no se ha judicializado; por ello, se podrían crear fórmulas para que, a pesar de que la mediación siga siendo voluntaria, se impongan multas o sanciones en caso de que una de las partes no quiera someterse a la misma.

En España, apenas un 2% de los procedimientos se derivan a mediación. Sí que es cierto que, en sala, y antes de entrar a la celebración de la vista, los jueces suelen tratar de llegar a un acuerdo, como se ha expuesto anteriormente, (con todos mis respetos, en ocasiones de manera coercitiva bajo amenaza de una sentencia menos favorable para los intereses de las partes), pero no podemos equiparar de ninguna manera ese trámite a una conciliación/mediación.

Sin ser una crítica, sino más bien un problema actual, el conocimiento de la mediación a pie de calle a día de hoy es más bien escaso; si las sesiones de mediación intrajudicial no fueran gratuitas para los justiciables, como generalmente lo son, y si los jueces no hicieran recomendaciones para la asistencia de los litigantes a las sesiones informativas, el desarrollo práctico sería mínimo.

66 “A-Ten-Year-Long “EU Mediation Paradox”, when a EU Directive needs to be more... Directive”, [en línea], en *Briefing del Parlamento Europeo*. Se refiere a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, para la mediación en asuntos civiles y mercantiles, Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI\(2018\)608847_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf)

Muchos compañeros abogados muestran reticencias a la hora de utilizar la mediación en sus procedimientos. Pero otros muchos, que pueden considerarse convencidos del buen hacer del método, “ante el número de mediaciones claudicantes, asumen la conclusión de que se trata de un sistema poco eficaz en nuestro país y que además es excesivamente burocrático”⁶⁷.

Podemos concluir, que el mayor obstáculo de la mediación es el desconocimiento, tanto de los justiciables como de los propios operadores jurídicos que intervienen. No son pocos los abogados que consideran la mediación como un enemigo. Tampoco existe una formación seria en los jueces, lo que determina en muchos casos la inexistencia de motivación alguna en el estamento judicial para adoptar una posición activa en lo que se refiere a la promoción de la mediación, a pesar a los beneficios que puede aportar. No existen actualmente alicientes para fomentarla, como podría ser, a modo de ejemplo, computar las mediaciones en la estadística de medición de trabajo en los juzgados. En la actualidad, para los recuentos de productividad, las sentencias computan con un punto entero, mientras que aquellos procedimientos que finalizan con acuerdo computan medio punto, lo que supone un esfuerzo mayor de los jueces para alcanzar objetivos, optando finalmente por la “vía rápida”, que es la de dictar sentencia. Ocurre lo mismo con los procedimientos cuyos profesionales son designados mediante turno de oficio; no se premia de ningún modo la conciliación entre las partes, por lo que no queda otro remedio que presentar demanda y en todo caso, tratar de llegar a un acuerdo dentro del procedimiento. Pero a modo de ejemplo, de acuerdo con los Baremos publicados en el año 2019 por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, se abona un total de 400 euros por el procedimiento de familia contencioso, y tan sólo 180 euros por el procedimiento de mutuo acuerdo, lo cual da qué pensar. ¿No sería más adecuado incentivar el acuerdo asignándole una partida mayor al procedimiento amistoso?

El problema reside asimismo en que no hay muchos mediadores con experiencia que puedan hacer frente a los expedientes judicializados con la confianza por parte de los jueces de que sean correctamente tratados, ya que no es suficiente con tener una formación teórica en la materia, sino la acreditación de una dilatada experiencia práctica, con un número de formaciones

67 GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España), “Debate asociativo sobre el diseño de un modelo de derivación a mediación y control de calidad de la actividad mediadora desde los tribunales de justicia, (documento interno)”, [en línea], pág. 7, Disponible en: <https://mediacionesjusticia.com/biblioteca/mediacion-familiar/>

certificadas y una formación técnica de calidad, que no tiene por qué ser equivalente a un número de horas de formación.

La profesionalización de la figura del mediador es una cuestión que preocupa tanto a Comunidades Autónomas que, como hemos visto cuenta con legislaciones propias en materia de mediación, como a la Administración central. Es absolutamente imprescindible promover la formación específica y de calidad de los mediadores, con formación tanto teórica como práctica de acuerdo con las recomendaciones legislativas. Como en otras cuestiones, sería asimismo importante unificar criterios en cuando al programa de formación en mediación y duración del programa, tarea que debería ser llevada a cabo por las autoridades académicas y profesionales. En Europa, se precisa “desde las instancias implicadas unos protocolos para la formación, con un currículum similar en los distintos países que ofertan la mediación, y que cuentan con más décadas de experiencia en la materia, lo cual es bastante indicado para capacitar a los futuros mediadores, según las exigencias actuales. Se necesita además de un saber ser, un saber hacer, y en consecuencia la mediación no sólo debe formarse teóricamente, sino que además es necesario el entrenamiento técnico en la práctica de la mediación, cuestión también recomendable para los mediadores”⁶⁸.

6. La derivación judicial a terapia familiar

Se trata de uno de los recursos utilizados por los Juzgados a través de Sentencia⁶⁹ para gestionar conflictos familiares en divorcios considerados contradictorios o con elementos de violencia judicial, que puede articularse tanto como una recomendación como una obligación. La terapia familiar

68 Ibídem, pág. 239.

69 SAP de Barcelona 598/2014, Sección 18º, de fecha 15 de septiembre de 2014, (Roj: SAP B 9671/2014, Ponente María José Pérez Tormo): *“No puede esta Sala dejar de exhortar a las partes para que intenten superar sus diferencias y discrepancias, de la forma menos traumática posible en beneficio de sus hijos, finalidad que ambos sin duda persiguen, recomendándoles que sí, pese a intentar llegar a otros acuerdos, a los que sin duda tendrán que llegar en los múltiples problemas que se irán presentando en la vida de las menores, no logran coincidir en la forma de dirimir las diferencias, acudan a un mediador o a una entidad mediadora, de acuerdo con lo indicado en el art 233-6 del Código Civil de Cataluña, pues lo único que se consigue con una actitud beligerante, acudiendo reiteradamente a los Tribunales para dirimir sus controversias, es perturbar la tranquilidad de las menores, tan necesaria para su correcto y sano desarrollo integral”*.

debe distinguirse de la mediación, a pesar de que ésta puede tener un efecto terapéutico.

La terapia puede ser considerada en primera instancia como el paso previo al momento de decidir romper la relación, como último intento para recomponer el vínculo afectivo; sin embargo, también existe la posibilidad de acudir a la misma una vez se ha tomado la decisión de separarse. Esta intervención se aborda de manera frecuente desde un “enfoque sistémico, es decir, entendida la familia como un sistema dividido en sistemas, de modo que el objeto de la terapia será tanto la familia en su conjunto como los diferentes subsistemas familiares”⁷⁰; será el profesional el que decida el enfoque terapéutico idóneo a las características de cada caso concreto, así como la duración total del tratamiento. La mediación terapéutica es “un proceso confidencial que combina técnicas y habilidades de la mediación con intervenciones psicoterapéuticas que toman como base la terapia sistémica”⁷¹, lo cual tampoco se puede equiparar con la labor realizada por los equipos psicosociales del Juzgado, cuyo alcance es muy limitado, que trabaja siguiendo un protocolo específico y que su misión principal es la elaboración de un informe pericial relativo a cuestiones de guarda y custodia, alimentos, convivencia... No tiene una misión mediadora o clínica, sino dar fe de una situación para ayudar al Juez a tomar decisiones.

No puede confundirse la figura del mediador con la del terapeuta, concebido de manera tradicional como la persona que ayuda a la pareja a solucionar sus problemas conyugales y reconciliarse. El mediador interviene cuando el vínculo está roto, en ningún caso su trabajo pasa por tratar de recomponer la pareja, sino ordenar sus vidas separadas. Por ello, si en algún momento aprecia un indicio de que la pareja desea retomar la relación, deberían, en todo caso, desistir del procedimiento y reconducir a la pareja a un profesional acorde con sus deseos de reconciliación.

7. La posibilidad de iniciar un proceso de arbitraje en materia de Familia

En la actualidad, se discute la posibilidad de recurrir al arbitraje en cuestiones personales de familia, más allá de las puramente económicas, y ya co-

⁷⁰ GARCÍA- HERRERA, Alicia, 2016, “Reestructuración de la familia tras la separación parental; mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad”, [en línea], *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, pág. 7, Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1224_es.pdf

⁷¹ Ídem.

mienza a utilizarse en algunos Estados de EE.UU.⁷², a pesar de que existen voces discrepantes que no ven cabida al Derecho de Familia en esta modalidad de ADR, ya que no son arbitrables las materias relativas a personalidad, a filiación o patria potestad, y el Ministerio Fiscal debe intervenir siempre y cuando se diriman cuestiones que afectan a menores. Sin embargo, el arbitraje se propone en aquellos casos en los que la mediación y la negociación no han logrado que las partes alcancen un acuerdo. No se cuestiona su utilización en asuntos patrimoniales, sino para conflictos relacionados con la patria potestad, custodia y régimen de visitas de los hijos menores.

En España, sin duda, sería complicado introducirlo, a pesar de que son susceptibles de arbitraje todas aquellas cuestiones sobre materias de libre disposición conforme a Derecho, el régimen de protección de los menores, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal y las restantes garantías que se derivan del procedimiento jurisdiccional, lo impiden, a lo que sumamos el margen de disponibilidad que existe sobre el objeto del conflicto.

8. El Derecho Colaborativo

Dentro de los métodos de resolución de conflictos es necesario mencionar el Derecho Colaborativo, una nueva fórmula de resolución extrajudicial de conflictos al margen de los Tribunales, proclive a la cooperación y enfocada en los intereses de las partes implicadas. Encuentra su origen en los años 70, en Estados Unidos, llegando a principios de siglo a la Unión Europea. Cada vez se viene utilizando con mayor asiduidad en países como Alemania, Brasil, Suiza o Israel, y en España, aunque es de reciente utilización, ya cuenta con varias asociaciones muy activas en algunas Comunidades Autónomas como Navarra, Madrid o País Vasco. Esta práctica podría enmarcarse dentro del paradigma de Justicia Terapéutica.

Esta práctica ha sido definida como “el ejercicio de las funciones propias del abogado focalizadas fundamentalmente en el asesoramiento legal y en la gestión de la solución de conflictos desde una actividad constrictiva, pacificadora y esencialmente no litigante”⁷³.

Esta manera de ejercer el Derecho surge como respuesta dos realidades, el daño producido por la judicialización de las cuestiones familiares y el escaso impacto de la mediación y otros ADR en la cultura española. Por tanto, su uso

⁷² Estados como Nueva York lo prohíben, mientras que está validado en otros como Pennsylvania, Michigan o Colorado.

⁷³ ORTUÑO MUÑOZ, P., 2019, *Justicia sin jueces...*, op. cit., pág. 278.

está especialmente indicado cuando existen situaciones de interdependencia entre las partes, es decir, cuando las partes en conflicto dependen de las otras para obtener un resultado mejor. Si se practica el Derecho Colaborativo de una manera eficaz, es posible atenuar el rigor de la aplicación de la norma, mediante la búsqueda de ambas partes de la solución al conflicto, siempre con el respaldo y asesoramiento de sus abogados.

Desde esta perspectiva, el objetivo de los profesionales que utilizan la práctica colaborativa es alcanzar un acuerdo satisfactorio y asumible para las personas que se encuentran en situación de conflicto, en este caso, la pareja, proporcionando “un proceso analizado en el que se maximice la integridad y habilidades de las personas en controversia, así como de los abogados y los demás profesionales que intervienen”⁷⁴. Éstos últimos deben ser neutrales y pueden pertenecer a diferentes áreas: pediatras, economistas, terapeutas, psicólogos..., dependiendo de las necesidades concretas de cada familia. El método de negociación colaborativa está basado en la Escuela de Harvard, se centra en analizar los intereses que subyacen a las posiciones. En caso de que no pueda solucionarse el conflicto en el proceso colaborativo y éste se judicialice, todos los profesionales que hayan intervenido no podrán hacerlo en el proceso judicial como testigos o peritos.

Las partes deben reconocer que la esencia del Derecho Colaborativo de Familia es la convicción compartida de que es el mejor interés de las partes y de su familia y comprometerse a fin de llegar a un acuerdo beneficioso para todos y evitar la litigación.

Además de un método de resolución de conflictos, el Derecho Colaborativo debe entenderse también como una filosofía de trabajo, un modo de entender el Derecho y la práctica jurídica profesional, más allá de los estilos confrontativos que siempre han primado en nuestro ámbito.

El abogado colaborativo se compromete a intentar solucionar el conflicto de manera negociada, trabajando conjuntamente con el abogado contrario, para lo cual es necesario también que éste se encuentre en la misma “onda” y confíe en los beneficios de llegar a un acuerdo. Incluso cuando se considere necesario, habrá que contar con la intervención de otros profesionales de distintos ámbitos, como terapeutas, psicólogos, educadores, trabajadores sociales, asesores financieros, coaches, mediadores, etc., a fin de buscar la mejor solución posible a determinadas cuestiones, en las que se entiende el aporte de estos otros profesionales puede resultar fundamental.

74 FARIÑA RIVERA, F. *et al*, 2017, *Intervenciones con familias...*, op. cit., pág. 28.

La información tratada durante la negociación colaborativa es confidencial, y en caso de no llegar a acuerdo, conforme lo estipulado en los acuerdos entre abogados y clientes, el cliente debería ser representado por otro letrado en un ulterior proceso contencioso. El principio de colaboración del que parte este tipo de Derecho “supone ofrecer a la clientela la posibilidad de ir más allá de las posiciones, manifestando los intereses y así satisfacer sus necesidades. En este contexto, las técnicas de negociación basadas en los intereses serían de suma relevancia para el desarrollo óptimo del proceso colaborativo”⁷⁵.

Existen ciertos tipos de conflictos en los que la práctica colaborativa puede resultar muy recomendable, atendiendo a su especial naturaleza o circunstancias:

Conflictos de naturaleza jurídica con personas con las que se tiene que continuar manteniendo relación frecuente⁷⁶ (conflictos familiares, vecinales o laborales).

Litigios hereditarios

Rupturas complejas (las denominadas de alta conflictividad), y rupturas con negocios y/o obligaciones económicas existentes.

Conflictos jurídicos en los que cada parte vive en un país diferente con distinta ordenación legal.

Disputas entre socios en pequeñas y medianas empresas.

Concursos y quiebras en los que existe la posibilidad de mantener a posteriori la actividad empresarial.

75 FISHER, Roger, URY, William, 1991, *Getting To yes; negotiating Agreement without giving in*, Houghton Mifflin, Boston, 10ª Ed. Este manual, traducido al castellano bajo el título “*Obtenga el sí; como negociar sin ceder*”, es la base de la Negociación Harvard, que ha conseguido obtener una considerable atención y audiencia. No solamente sirve de apoyo para las negociaciones dentro de las disputas del ámbito de Familia, sino para otros múltiples procedimientos del ámbito civil, mercantil, administrativo...

76 Exponen de manera muy gráfica ORTUÑO MUÑOZ, P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., 2017, *Sistemas alternativos de...*, op. cit., pág. 12., esta continuidad de la relación entre partes: “Si circulamos por una carretera y un energúmeno comete una infracción, no tenemos por qué perder un solo minuto en clarificar lo acaecido, pues no nos volveremos a encontrar con él en la vida, y si está a nuestro alcance lo denunciaremos para que caiga sobre él el peso de la ley. Pero si el conflicto lo tenemos con un compañero de trabajo o de profesión, con un socio de la empresa, con el vecino del rellano de la escalera, con el mecánico del taller, con el médico que nos ha operado o con un miembro de la familia, un hermano, un hijo, un cliente o un proveedor habitual del negocio, el problema no lo va a solucionar el peso de la ley, ni el castigo, ni la multa impuesta por un tribunal (suponiendo que se dicte sentencia en un plazo razonable”.

Como sucede con el resto de ADR, no todos los conflictos podrán ser resueltos mediante este tipo de prácticas, solamente en los casos en los que se den circunstancias idóneas y visos de que una solución acordada que realmente pueda reportar algún tipo de beneficio a las partes en conflicto, incluso aun cuando este beneficio se perciba como difuso y a largo plazo.

Las características de la práctica colaborativa se asemejan en parte a las de la mediación⁷⁷ son las siguientes:

Confidencialidad, ya que la información que se comparte en el procedimiento no podrá ser utilizada en caso de no llegar a acuerdo y derivar en procedimiento judicial.

Voluntariedad: al igual que la mediación, las partes acuden al procedimiento colaborativo de manera voluntaria, pudiendo desistir del mismo en cualquier momento.

Control sobre el procedimiento: al no depender de los plazos judiciales, que normalmente dilatan el procedimiento en exceso, podrá ser gestionado de manera más inmediata, y conforme a las necesidades de las partes.

Flexibilidad: existe plena adaptabilidad a las necesidades de las partes; esto mismo ocurre en la mediación, que se caracteriza “por la ausencia de trámites específicos e inamovibles que deban observarse en todo caso”⁷⁸.

Economía: se refiere tanto a economía de costes, como de tiempo, aunque dependerá de los servicios profesionales que se requieran.

Legalidad: en ningún caso podrán firmarse acuerdos contrarios a Derecho.

Equidad: los terceros intervinientes deben ocupar una posición de imparcialidad, y las partes encontrarse en situación de equidad para que los acuerdos alcanzados sean más satisfactorios.

Celeridad: como se ha expuesto anteriormente, es un proceso más rápido, al depender de las partes y no de los tiempos judiciales.

Transparencia: las partes adquieren una mayor implicación y protagonismo en el procedimiento, lo que les proporciona mayor seguridad, pudiendo tratar con más claridad los asuntos que les preocupan.

Satisfacción: al ser las partes dueñas de sus decisiones y sentir que intervienen en las mismas, la experiencia acredita que el uso de estos métodos es mucho más satisfactorio para ellos.

⁷⁷ SOLETO MUÑOZ, H., 2017, *El abogado colaborativo...*, op. cit., pág. 35.

⁷⁸ MARTÍN DIZ, F., 2010, *La mediación como sistema complementario...*, op. cit., pág. 104.

Garantía de acceso a la tutela judicial efectiva: las partes pueden iniciar el procedimiento judicial en cualquier momento si lo consideran como la única vía posible para resolver el conflicto planteado.

8.1. El cambio del rol del abogado en el Derecho Colaborativo

No cabe duda, como hemos podido estudiar, que el papel del abogado no es el mismo dentro de la práctica colaborativa, pues pasa a ser necesario contar con una serie de habilidades negociadoras y solucionadoras que no se proporcionan en la práctica y estudio habitual, pasando a configurarse como *solucionador de problemas* más que como *ganador de pleitos*.

Esta práctica tiene un efecto transformador para las familias y también para los profesionales que colaboran en la resolución del conflicto, llevando intrínseco un cambio sustancial en la manera de pensar y de actuar del profesional. La práctica de la abogacía colaborativa está enfocada a aquellos conflictos con naturaleza jurídica, si bien, tras los cuales, existen relaciones entre las partes que van a continuar dándose, por ejemplo, entre socios de una empresa o progenitores, litigios por cuestiones hereditarias, por divorcios y separaciones altamente conflictivos en los que existen hijos comunes, y concursos en los que exista posibilidad de mantener su actividad empresarial. Cuando se dan las circunstancias para una solución pactada entre las partes, habrá que acudir a esa vía, panorama que en ningún caso se tiene que dar cada vez que se produce un conflicto.

El Derecho Colaborativo supone un cambio absoluto del papel del abogado, pues éste se compromete expresamente a resolver el conflicto sin llegar a los tribunales, en colaboración con el abogado contrario, incluso con la participación de otros profesionales si se estimase oportuno (psicólogos, mediadores, economistas...), de tal modo que, si finalmente no se llega a un acuerdo, ninguno de los dos podrá participar en el procedimiento contencioso.

Los abogados que intervienen en el proceso están obligados a firmar un acuerdo mediante el cual se comprometen a no intervenir en el proceso judicial en el caso de que las negociaciones no culminen en acuerdo, debiendo ser, en ese caso, otro compañero distinto quien se encargue de la asistencia letrada en el pleito.

Los abogados colaborativos son los más adecuados para realizar una negociación enfocada al éxito. Del mismo modo que estudian y analizan concienzudamente el caso que deba ser ventilado en un proceso judicial, también

analizarán todos los aspectos de la negociación que afecten al proceso y a su cliente. También tienen que preparar a conciencia a sus clientes, porque su intervención es total, a diferencia de lo que ocurre en la vista de un juicio, en la que solamente intervienen cuando sus abogados, Ministerio Fiscal o Juez así lo requieren⁷⁹.

Por todo ello, la práctica colaborativa supone un nuevo modelo de cultura, al que podemos denominar como *abogacía efectiva*, que defiende la necesidad de ser asertivos en lugar de ser agresivos, poniendo el objetivo en lo cualitativo en lugar de en la mera resolución cuantitativa.

8.2. Principios del Derecho Colaborativo

A nivel internacional, uno de los organismos más potentes en el desarrollo del Derecho Colaborativo es la *International Academy of Collaborative Professionals* (IACP), muy conocida por su impulso de estos métodos de resolución de conflictos. Y es esta entidad la que ha desarrollado los principios de actuación fundamentales de la práctica colaborativa⁸⁰:

- (i) Las partes firman un acuerdo de participación colaborativa que describe la naturaleza y el alcance del asunto.
- (ii) Las partes divulgan voluntariamente toda la información relevante y relevante para el asunto que debe resolverse.
- (iii) Las partes acuerdan utilizar los esfuerzos de buena fe en sus negociaciones para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.
- (iv) Cada una de las partes debe estar representada por un abogado cuya representación finalice al comprometerse con cualquier procedimiento judicial impugnado.
- (v) Las partes pueden involucrar a profesionales financieros y profesionales que apoyan los componentes emocionales, de comunicación y de crian-

⁷⁹ En aquellas ocasiones en las que por distintas circunstancias no pueden intervenir en el juicio oral, las partes muestran a sus abogados su frustración, pues consideran que el Juez solamente ha escuchado la verdad manifestada por la otra parte, pero no su versión. Cuando se acude a una mediación, o simplemente a una reunión estando presente los abogados, las partes tienen una mayor oportunidad de expresarse y mostrar cómo se sienten ante el conflicto. Este es precisamente uno de los objetivos del Derecho Colaborativo, que las partes puedan entenderse en un contexto pacificado, siempre respaldados por sus abogados.

⁸⁰ Extraído de la página <https://www.collaborativepractice.com/resources>, [en línea].

za del divorcio, cuyo compromiso finaliza con el inicio de cualquier proceso judicial.

(vi) Las partes pueden involucrar conjuntamente a otros expertos (abogados fiscalistas, gestores, médicos, psicólogos, mediadores...), según lo consideren necesario.

Este modelo de trabajo “supone un nuevo paradigma en el ejercicio profesional del Derecho, donde prima la cooperación entre las partes y sus abogados en aras a la búsqueda consensuada de una solución del conflicto que satisfaga los intereses y verdaderas necesidades de las partes, reservando la vía judicial para otorgar eficacia al acuerdo, o bien, para cuando el procedimiento colaborativo no sea adecuado o no se haya conseguido un resultado positivo en este”⁸¹.

Aunque en la actualidad no existe un desarrollo extenso de la figura del abogado colaborativo, existen varias asociaciones que realizan una excelente labor en su difusión, incluso existen plataformas en las que los abogados que optan por este modo de ejercicio pueden inscribirse⁸².

Los letrados, además de ejercer la correcta defensa de su cliente, tienen el deber reconocido de ser asesores jurídicos de sus clientes. Así lo recoge el artículo 6 del “Estatuto General de la Abogacía Española”: *“Corresponde en exclusiva la denominación y función del abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes, en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”*. Cada vez son más los letrados que recomiendan a sus clientes, dentro de esta tarea de asesoramiento, utilizar herramientas alternativas al proceso judicial. En parte, porque, una vez estudiado el conflicto, se dan cuenta de que tras el mismo subyacen conflictos más allá del estrictamente económico o jurídico existen cuestiones que un abogado es incapaz de solventar.

Según MNOOKIN⁸³, el papel del abogado tiene varias facetas en lo que a la resolución del conflicto de familia se refiere.

81 SOLETO MUÑOZ, H., 2017, *El abogado colaborativo...*, op. cit., pág. 30.

82 En algunas Comunidades Autónomas, la práctica colaborativa está especialmente desarrollada, como en Euskadi (www.derechocolaborativo.es). En Madrid concretamente, existe una Asociación de Derecho Colaborativo que cuenta con un listado de abogados formados en habilidades y destrezas de negociación y comunicación dirigida no solamente a abogados, sino también a otros profesionales intervinientes, especialmente del mundo de la psicología, economía o medicina.

83 MNOOKIN.R. y KORNHAUSER.L., 1979, *Bargaining in the shadow...*, op. cit., pág. 977.

Papel informador: el abogado otorga a los cónyuges datos sobre los diferentes métodos de resolución de conflictos que existen, ventajas e inconvenientes de los mismos y consecuencias de acudir al proceso judicial, así como las normas aplicables. Partimos del supuesto de que un cliente razonable querrá conocer todas las opciones que tiene sobre la mesa antes de tomar una decisión.

Papel consejero: puede ayudar a las partes a llegar a conocer sus intereses reales, aquello que subyace más allá de las meras posiciones.

Papel colaborador: incluso en aquellos supuestos en los que existe acuerdo, la tramitación burocrática, las relaciones con los entes judiciales, debe ser tramitada por el abogado.

Papel negociador: si existen sentimientos de rencor, ira y resentimiento entre las partes, resulta complicado que acudan a la negociación de manera voluntaria y sin un tercero por medio.

Papel litigante: Por supuesto, si la posibilidad de alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes no se diese, el abogado debe poner a disposición del ciudadano todos los medios necesarios para defender sus intereses ante los Tribunales.

Algunos operadores jurídicos, incluso profesionales del mundo de la abogacía, comienzan a ser críticos con el papel que algunos compañeros toman en el proceso de divorcio, cerrando en banda la posibilidad de acuerdo, incluso aunque la posición de los clientes no sea tan férrea. Existe un temor manifiesto a que el uso de otros medios de resolución de conflictos acabe con la profesión, algo que sin duda no es posible por múltiples razones.

Así, por ejemplo, en un proceso de mediación, los abogados también son parte activa y tienen encomendadas varias tareas, como el asesoramiento al cliente durante el desarrollo del procedimiento de mediación y las actividades posteriores necesarias para dotar al acuerdo de plena eficacia⁸⁴.

La jurisprudencia considera que los abogados “deberían procurar ante todo salvaguardar los intereses de los menores, propiciando la intervención de un mediador que pueda ayudar a los litigantes a establecer dinámicas colaborativas”⁸⁵. En lo que respecta a la sesión informativa previa de mediación (SIP), resulta conveniente que el abogado acuda acompañando a las partes, y además asegurarse de si se suspende o no el procedimiento, para ello

84 Vid. SOLETO MUÑOZ, H., 2017, *El abogado colaborativo...*, op. cit., pág. 127.

85 Auto AP Barcelona 433/2017, Sección 12º, de fecha 5 de octubre de 2017, (ROJ: AAP B 7484/2017, Ponente: Pascual Ortuño Muñoz).

deberá tener en cuenta una serie de consideraciones:

La sesión previa podrá servir para que el abogado conozca el proceso y obtendrá información útil para después asesorar correctamente a su cliente sobre si debe aceptarla o no.

La asistencia a la SIP es voluntaria, pero de acuerdo con el art. 17 de la Ley 5/2012, si las partes han sido derivadas por el Juzgado, la información de qué parte no ha acudido a la misma no es confidencial, de tal modo que el Juez conocerá cuál de las partes no ha asistido y, aunque el legislador no haya previsto sanción para la parte que no acuda, no debe descartarse por el letrado una cierta incidencia negativa en el proceso de tal actitud cuando no esté justificada suficientemente, pudiendo, por tanto, existir consecuencias en materia de costas, ya que, de acuerdo con el artículo 293.3 de la LEC, hay que tener presente la discrecionalidad del Juez en este aspecto en casos de temeridad o mala fe.

Entramos en un debate un tanto complicado, el profesional experto en técnicas de gestión y resolución de conflictos, ¿nace o se hace? Si bien es cierto que este profesional debe contar con ciertas habilidades emocionales y profesionales inherentes a la propia personalidad, muchas técnicas pueden perfeccionarse y pulirse con experiencia, estudio y aprendizaje constante.

La inclusión de habilidades negociadoras y de otra índole en la práctica de los abogados especializados en Derecho de Familia ha conseguido que se incorporen ciertas técnicas muy positivas, ya que hasta hace muy poco tiempo solamente existía la confrontación como única herramienta para “resolver” el conflicto. Al menos, se ha incorporado la negociación previa entre compañeros antes de interponer la demanda, lo que acerca posturas en algunos de los puntos de discrepancia, dejando entrever que merece la pena ceder en determinadas cuestiones antes de entablar acciones legales, con el tedioso y agotador proceso que ello conlleva.

9. La negociación

La negociación⁸⁶ suele configurarse como un medio alternativo de reso-

86 ORTUÑO MUÑOZ.P., 2018, *Justicia sin jueces...*, pág.115. Vid. SOLETO MUÑOZ, H., 2017, *El abogado colaborativo...*, op. cit., pág. 34, donde la define como “un proceso voluntario y por lo general no estructurado en el que las partes van a identificar temas de interés, explorar opciones para la resolución de los problemas, y la búsqueda de un acuerdo mutuamente aceptable para resolver las cuestiones planteadas. Las partes

lución de conflictos, aunque en realidad en este concepto podría englobarse todo lo demás, pues la negociación es más bien una habilidad, una actitud, que en todo caso podrá estructurarse en un proceso con el fin de llegar a un acuerdo. Se trata de “una actividad específica de los abogados que confieren una perspectiva legal al proceso de ruptura cuando la decisión está ya adoptada. Su objetivo es acomodar al caso concreto las decisiones legales desde la salvaguarda de los derechos y posiciones de sus respectivos clientes”⁸⁷.

Puede considerarse como “la forma de autocomposición en la que las partes discuten por sí mismas la resolución del conflicto y controlan su resultado”, pudiendo por tanto ser llevada por las propias partes o por sus representantes legales, entrando en lo que podríamos llamar “negociación asistida”⁸⁸.

Hasta hace relativamente poco y, en parte, por la estructura del proceso de familia y la legislación relativa al mismo (que como recordamos, se configuraba como un sistema culpabilístico), hacía que la única vía de defensa pasase por la confrontación; sin embargo, en la actualidad, la abogacía especializada en Familia está incorporando técnicas negociadoras muy avanzadas en su trabajo diario.

La negociación plantea sus dificultades, especialmente en aquellas situaciones en las que alguna de las partes percibe que no es la vía más adecuada para resolver el conflicto que les atañe, por el uso de técnicas negociadoras agresivas o por la actitud del negociador, que puede adoptar una postura poco proclive a la cesión en determinados aspectos. Puede ocurrir que entre las partes no exista una zona de común acuerdo en modo alguno⁸⁹.

10. El uso de los ADR en los puntos de encuentro familiar

Un Punto de Encuentro Familiar (conocidos como PEF) se podría definir como el “recurso social especializado para la intervención en aquellas situaciones de conflictividad familiar en las que la relación de los menores con algún progenitor o miembro de su familia se encuentra interrumpida o es de difícil desarrollo. Esta intervención es de carácter temporal, desarrollada por profesionales en un lugar neutral, y tiene como objetivo principal la norma-

contentientes podrán ser representadas por abogados en la negociación”.

87 *Ibídem*, pág. 107.

88 MORENO CATENA. V., “La resolución jurídica...”, en *Mediación y resolución de conflictos...*, op. cit., pág. 36.

89 SOLETO MUÑOZ, H, 2017, *El abogado colaborativo...*, op. cit., pág.53.

lización de la situación conflictiva, siguiendo en todo caso las indicaciones que establezca la autoridad judicial o administrativa competente y garantizando el interés y seguridad de los menores y de los miembros de la familia en conflicto”⁹⁰.

Los Puntos de Encuentro Familiar son espacios neutrales y transitorios en los que se pretende la normalización de las relaciones familiares por medio de la intervención de profesionales cualificados con carácter multidisciplinar: psicólogos, trabajadores sociales.... Su misión principal es actuar como puente y convertirse en un punto de apoyo para aquellas familias inmersas en el conflicto familiar.

El estudio de varias experiencias constata un porcentaje de éxito elevado en la normalización del régimen de visitas mediante la aplicación de un modelo de mediación transaccional en familias con una escasa judicialización del conflicto, no así cuando el nivel de conflictividad es excesivamente elevado, situaciones en las cuales sería necesario acudir a otros métodos de resolución de conflictos más especializados.

Ha sido la propia evolución de la sociedad la que ha generado la necesidad de creación de este tipo de recursos. Antes, el número de separaciones y divorcios era menor y se consideraba incluso normal que uno de los progenitores perdiese relación con los hijos. Actualmente, la idea es que los PEF’s se establezcan como una suerte de escuelas de padres y madres que no conviven, por el bien de los más pequeños, para que comprendan como progenitores (y no como ex pareja) lo importante que es salvaguardar los vínculos parentales, y que aprendan asimismo a separar el conflicto interpersonal entre ellos de los vínculos con los hijos e hijas.

No debe descartarse la idea de utilizar la mediación en las intervenciones que los profesionales realizan en los Puntos de Encuentro; pero la cuestión radica en si es realmente posible iniciar un verdadero proceso de mediación en el PEF, puesto que se dan algunas objeciones para cumplir las características básicas de la mediación, como son la voluntariedad, la neutralidad o la confidencialidad,⁹¹ dada la obligatoriedad de informar al Juzgado sobre la

90 MORTE BARRACHINA, Elena, LILA MURILLO, Marisol, 2007, “La alternativa al conflicto: Punto de encuentro familiar”, [en línea], *Intervención Psicosocial*, vol.16. n°3, págs. 289-302, pág. 289, Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/inter/v16n3/v16n3a01.pdf>

91 Así lo expone GARCÍA- HERRERA, A, 2016, *Reestructuración de la familia tras la separación...*, op. cit., pág. 15, ya que “las familias acuden al servicio de manera obligatoria y no pueden ponerle punto y final si el proceso no avanza de manera adecuada. Otro principio que no se cumple es la neutralidad, “dada la necesidad de informar al Juzgado

evolución familiar. Por todas estas cuestiones, en algunas Comunidades Autónomas no se permite la mediación en los PEF, así, por ejemplo, el artículo 3.2 del Decreto 357/2011 de 21 de junio de los servicios técnicos de PEF de la Generalitat catalana prohíbe esta posibilidad de manera expresa.

Artículo 3.2 “El servicio de punto de encuentro familiar no hace funciones especializadas que son competencia de otros servicios de la Red, y por tanto no hace función de peritaje, diagnóstico, tratamientos psicoterapéuticos, mediaciones entre las partes, asesoramiento jurídico a las partes u otros de similares características”⁹².

Los expertos reiteran la temporalidad y subsidiariedad de este servicio, para no colapsar el sistema y evitar las listas de espera que desvirtuarían la finalidad última del servicio. Además, se estima como “muy conveniente la coordinación entre los responsables del PEF y el juzgado remisor mediante la celebración de reuniones periódicas en las que se ponga de manifiesto el estado de cada caso”⁹³.

Del mismo modo, no se aprecian obstáculos para que el PEF pueda proponer al Juzgado “la modificación del régimen de visitas vigente, lo que podrá ser valorado en trámite de ejecución de sentencia y adoptado en caso de existencia de un acuerdo entre las partes, o como medida cautelar si se estima que el interés del menor se encuentra así mejor protegido”⁹⁴.

11. La Justicia Terapéutica y su visión desde el ámbito del derecho de familia

El papel de la Justicia, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia, a día de hoy resulta (o debería resultar) diametralmente opuesto al que se consideraba idóneo hace unas décadas, puesto que la presentación de la demanda es una más de todas las alternativas que se ofrece al ciudadano en la resolución del conflicto que se produce en un contexto social⁹⁵.

sobre la situación familiar. Otras objeciones derivan de la propia realidad de los PEF, caracterizada por la falta de especialización de los técnicos, la escasez de medios, la ausencia de criterios para la selección de los casos “mediables” así como de la naturaleza de las intervenciones o incluso la falta de coordinación del Juzgado”.

92 Otras Comunidades Autónomas, como por ejemplo Galicia y Navarra, si permiten la mediación en los PEF (Decreto 94/2014 de 3 de julio, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar en Galicia).

93 ANDRÉS JOVEN., J.M, 2010, *Conclusiones auxiliares en el...*, op. cit., pág. 9.

94 Ídem.

95 Nos referiremos en este epígrafe de manera específica a los conflictos en el ámbi-

El auge de las nuevas figuras desarrolladas para fomentar la coparentalidad positiva surge en el ámbito de la denominada Justicia Terapéutica, incardinada dentro del movimiento *Comprehensive Law*, que supone una nueva visión totalmente revolucionaria en la superación de los procesos de ruptura familiar de una manera cooperativa, posibilitando la coparentalidad denominada post-separación. Por ello, el ámbito de Derecho de Familia es en el que sin duda tiene mayor cabida esta nueva mentalidad jurídica, pero también social.

Los seguidores de esta corriente comparten la visión de que los Tribunales pueden actuar como agentes terapéuticos. La Justicia Terapéutica se consideró uno de los pilares del movimiento humanista, integrador y de intervención psicológica de la ley, pero a día de hoy, más que un movimiento, puede considerarse un verdadero paradigma.

Hasta hace relativamente poco tiempo, la Justicia no había incidido en el impacto que la aplicación de la ley tiene sobre el bienestar psicológico y emocional de los justiciables, por lo que supone un avance revolucionario. A día de hoy, este concepto se utiliza incluso en el ámbito de la Justicia Penal, cuando existen componentes relacionados con el área de la salud mental en el justiciable.

Los principios básicos se concretan en los siguientes puntos⁹⁶:

- Una intervención judicial continua.
- Un estrecho seguimiento de la conducta, y la respuesta inmediata a la misma.
- La integración de los servicios de tratamiento con el procesamiento de casos judiciales.
- La participación multidisciplinar.
- La participación del gobierno y organizaciones comunitarias.

La Justicia Terapéutica (TJ) puede definirse como “el estudio que tiene la ley como agente terapéutico, enfocada al impacto de la ley en la vida emo-

to del Derecho de Familia, aunque la Justicia Terapéutica tiene una potente incidencia en otros ámbitos jurídicos, especialmente en el Derecho Penal del menor.

96 FARIÑA RIVERA, Francisca, ARCE FERNÁNDEZ Ramón, NOVO PEREZ, Mercedes, 2017, “Intervenciones con familias tras la ruptura de pareja con enfoque de Justicia Terapéutica”, [en línea], en H. MARCHIORI (Dir.), *Victimología: Vol. 20. Violencia familiar: Protección víctimas niños* (pp. 25-46), Córdoba, Argentina: Encuentro Grupo Editor, Disponible en: https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos-03SubSec/2017_Fariña_Intervenciones_con_familias_tras_larupturadepareja.pdf

cional y en el bienestar psicológico”⁹⁷, cuestiones por otra parte que el autor considera un tanto olvidadas por la Justicia⁹⁸.

El movimiento de Justicia Terapéutica se da en una práctica judicial “de trabajo conjunto entre jueces, psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales”⁹⁹, cuando en el litigio existe la presencia en alguna de las partes “de un problema relacionado con la adicción a las drogas o al alcohol, o de alguna enfermedad mental que necesite ser tratada”, y cuando la vuelta a la normalidad “se ve impedida por la existencia en alguna persona de anomalías conductuales que pueden ser susceptibles de terapias psicológicas” debido a una precaria salud mental.

La Justicia Terapéutica tiene una aplicación especialmente relevante en el ámbito del Derecho de Familia, centrándose en proteger a las familias, especialmente a los menores de edad, de las consecuencias negativas de la ruptura conyugal, facilitar relaciones familiares más positivas y el fortalecimiento de un funcionamiento normalizado de la familia, intentando que su intervención incida de un modo positivo e incluso mejore la vida de quienes participen en el proceso. Igualmente, requiere de todos los agentes jurídicos una intervención sensible al estado psicoemocional en el que se encuentran los progenitores, para que el proceso sea lo más terapéutico posible para ellos y para sus hijos.

No cabe duda de que el litigio, el procedimiento judicial, “ha sido y es el remedio habitual al que se acude cuando se producen patologías en las relaciones sociales que precisan de una decisión de autoridad para garantizar

97 WEXLER, David, 1996, *Justicia Terapéutica, una visión general*, [en línea], Disponible en: http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/activitats_formatives/prospectiva_criminal_prevenio_delinquencia05062012/justicia_terapeutica_resum.pdf.

98 En el mismo sentido, IRACHETA, Francisco, 2014, “El sentido ético terapéutico de la Justicia terapéutica” en *Justicia Terapéutica; Experiencias y Aplicaciones*, México, [en línea], (pp. 183-196), pág. 183, Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/TratamientoDeAdicciones/download/justicia-terapeutica.pdf>. Para el autor, “la ley ha sido y continúa siendo en muchos aspectos poco sensibles respecto del estado emocional y psicológico de las personas, incluyendo ofensores, víctimas, comunidades e incluso oficiales mismos de la ley. De ahí la necesidad de hacerlo más humana”

99 ORTUÑO MUÑOZ, P., 2018, *Justicia sin jueces...*, op. cit. pp. 289 y 290. Recoge con sus palabras la metáfora sobre el sistema de Justicia apuntada por WEXLER: “La Justicia está integrada por dos elementos: la botella rígida, sólida, que es la ley; y el vino que contiene, líquido, que es su aplicación por los jueces. No son nada la una sin los otros y la eficacia en beneficio de los ciudadanos está condicionada tanto por la fortaleza y perfección de la botella como por la calidad del líquido que calma la sed”.

el orden social”¹⁰⁰. Para el citado autor, la intervención de los Juzgados en estas cuestiones ha adolecido de “una deficiente adaptación a las necesidades de las personas que están involucradas en una tipología de conflictos que en su génesis y su desarrollo tienen un alto componente psicológico y una gran carga emocional, por lo que nada de lo que los operadores que intervienen en estos procedimientos suele ser lo adecuado para el objetivo principal”¹⁰¹, que debería ser evitar las consecuencias emocionales negativas para todos los miembros involucrados.

Son muchos los expertos que consideran que, especialmente en los procedimientos en materia de familia, cuando se produce la ruptura entre cónyuges, deberían ser tratados desde una perspectiva de Justicia Terapéutica, la cual asume que los procesos judiciales de familia requieren un abordaje sensible al estado psicoemocional en el que se encuentran las partes inmersas en el procedimiento, para conseguir que el proceso sea lo más terapéutico posible.

La Justicia Terapéutica, por tanto, “facilita las separaciones colaborativas y amistosas que permiten proteger y potenciar el bienestar de todos y mantener relaciones de coparentalidad positiva. Así, promueve el derecho colaborativo, la mediación familiar, los programas de apoyo a las familias que viven la ruptura de pareja, como el de “ruptura de pareja no de familia” y la coordinación de la parentalidad”¹⁰², mecanismos que han sido aplicados con éxito en otros países como Estados Unidos y Canadá.

Pero son los legisladores los que deben introducir en el sistema legal la TJ, al igual que se requiere de una especial sensibilización de todos los operadores jurídicos para que tengan en cuenta el estado emocional en el que los miembros de una familia se encuentran al romper el vínculo conyugal.

El trabajo de los tribunales no debería ser solamente solucionar los problemas legales de los usuarios de la justicia, sino mitigar los problemas tanto emocionales como psicológicos que causan disfunciones con apoyo de otros profesionales adscritos. Este tipo de abordaje de los problemas nos llevaría a

100 ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, 2014, “Los conflictos de derecho de la persona y la familia y la TJ”, en *Justicia Terapéutica; Experiencias y Aplicaciones*, México, (pp. 47-55), pág. 47.

Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/TratamientoDeAdicciones/download/justicia-terapeutica.pdf>.

101 Ídem.

102 FARIÑA RIVERA, F. et al., 2017, *Custodia compartida, corresponsabilidad...*, op. cit., pág. 111.

un descenso de la litigiosidad, lo que no solamente es bueno para el sistema sino también para la operatividad de la propia familia. Para ello son necesarios mayores medios técnicos y económicos, incluso inversión formativa a los operadores jurídicos intervinientes en conflictos de familia.

11.1. El papel de los jueces en la aplicación de la Justicia Terapéutica

El concepto de poder judicial ya es en sí mismo un anacronismo, pues la sociedad actual “ha desautorizado socialmente el estilo clásico de hacer justicia, alejado de los ciudadanos, prepotente, autoritario y oscurantista”¹⁰³.

Se relaciona la figura del Juez con una persona distante, fría, que debe alejarse de la realidad que ve diariamente para no ser influenciable. La Justicia se ha impregnado durante siglos de las corrientes del autoritarismo en el ejercicio del poder. En estos tiempos es necesario desterrar la imagen fría y autoritaria con la que se relaciona a los jueces, y acercarla a la ciudadanía, puesto que la sociedad reclama cada vez más un nuevo rol de la justicia y de los jueces.

El papel de los jueces en la difusión y aplicación de la TJ es vital, como puede entenderse, no debiendo ser tan sólo “la boca por la que habla la ley, sino que pasa a integrarse en un sistema de justicia mucho más amplio en el que un proceso adversarial es una modalidad específica de intervención, pero no es la única, y en cualquier caso su actuación ha de ser mucho más activa en la gestión integral del proceso, que va más allá de la identificación abstracta de la norma legal aplicable, que es lo que caracteriza la función tradicional del Juez en el sistema continental europeo”¹⁰⁴.

Y en todo este sistema es necesario estudiar lo que otras profesiones pueden aportar para alcanzar la excelencia del sistema, lo cual pasa, además de por la valoración de esta circunstancia, por una redefinición del papel de los abogados y de una incorporación de psicólogos o terapeutas en aquellos conflictos que tienen una importante base emocional y una evolución dinámica, lo cual asimismo aporta una mayor información al Juez sobre el procedimiento acerca del cual dictará sentencia.

En este sentido, la introducción en el proceso de otros profesionales de

¹⁰³ ORTUÑO MUÑOZ, P., 2014, “Los conflictos de Derecho de la persona...”, en *Justicia Terapéutica: Experiencias...*, op. cit, pág. 48.

¹⁰⁴ Ídem.

campos como la psicología o la educación social y la introducción de procesos alternativos (mediación principalmente) son atisbos de que poco a poco esta forma de impartir justicia va abriéndose camino en nuestro país.

11.2. El programa “*ruptura de pareja, no de familia*”

En el año 2001 (aunque el desarrollo ininterrumpido comenzó en el año 2003), la Universidad de Santiago de Compostela, en colaboración con la Universidad de Vigo, puso en marcha un programa bajo el título “Ruptura de Pareja, no de Familia”¹⁰⁵, consciente de la victimización del menor en los procesos de familia “debido a que su grado de desarrollo se encuentra todavía en ciernes y no poseen capacidad para entender qué está ocurriendo ni por qué son objeto de lucha entre los padres”¹⁰⁶.

Recoge el testigo de otros países como Canadá, Estados Unidos y Australia, que desde los años 80 han introducido la participación en este tipo de programas con carácter obligatorio, a instancias judiciales, antes de interponer la demanda de separación o divorcio y que pretenden minimizar el estrés que la ruptura produce en la familia, incluso en procedimientos en los que ha habido violencia doméstica o de género. Sin embargo, todos los programas se enfocan al trabajo de los progenitores, siendo muy pocos los que incluyen a los menores en las intervenciones y ninguno el que cuenta con familiares terceros también involucrados en los cambios familiares, como abuelos, tíos o nuevas parejas¹⁰⁷ de los progenitores. Todas estas personas sí son tenidas en cuenta en el programa elaborado en la Universidad de Santiago de Compostela que estudiamos a continuación.

El objetivo del programa “*Ruptura de pareja, no de familia*”, es desjudi-

¹⁰⁵ Estudiando las características de este programa, se podría considerar un antecedente de lo que conocemos actualmente como Coordinación de Parentalidad en nuestro país.

¹⁰⁶ FARIÑA RIVERA Francisca, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, NOVO PÉREZ, Mercedes, SEIJO MARTÍNEZ, Dolores, 2014, “Programa Ruptura de Pareja, no de Familia, 6 sesiones de intervención integral para toda la familia”, en *Justicia Terapéutica; Experiencias y Aplicaciones*, [en línea]. (pp. 55-67), México, pág. 57. Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/TratamientoDeAdicciones/download/justicia-terapeutica.pdf>.

¹⁰⁷ Las nuevas parejas de los progenitores no cuentan tampoco con las herramientas necesarias para enfocar las relaciones entre los hijos de su pareja y todo lo relacionado con su anterior vida, por lo que resulta de extrema utilidad que se involucren en estos proyectos.

cializar la relación parental, así como disminuir los efectos negativos de la separación o el divorcio en la familia y promover estrategias dirigidas a afrontar la nueva situación de la familia, formando a los progenitores para que compartan una labor formativa y educativa responsable, plenamente desjudicializada y basada en la necesidad de los menores. Así, los progenitores logran dos objetivos en la gestión de la ruptura: controlar mejor sus reacciones ante el otro progenitor y ofrecer mejores respuestas a sus hijos, lo que significa asimismo una menor judicialización del conflicto. Se instruye a los padres, por tanto, para que puedan compartir de una manera responsable la labor educativa y formativa de sus hijos de una manera responsable, desjudicializada y asentada sobre la base de la protección de los intereses de los mismos.

El programa se centra en explicar las consecuencias nocivas de las relaciones interparentales conflictivas en los niños, y una búsqueda del mejor ajuste de los hijos tras la separación de los padres; por ello, aunque la intervención de los menores sea mínima, nunca se pierde el foco de que todas las decisiones tomadas son para su mayor bienestar. Con respecto a los adultos, se les enseña a generar entre ellos una relación respetuosa a pesar de la ruptura. Las sesiones son flexibles y dependen de las necesidades de los miembros en cada momento de la intervención.

El programa se divide en dos partes: sesiones individualizadas para cada miembro de la familia, incluso para familiares cercanos (tíos, abuelos, parejas estables de los progenitores en caso de que convivan con los mismos), y sesiones conjuntas de la familia nuclear en las que también intervienen los menores de edad. En estas sesiones se realiza una exploración de la situación familiar en que se encuentran y una evaluación psicológica individual de cada uno de ellos. Cada una de las intervenciones ha de adaptarse a las peculiaridades de cada familia que participa, sin embargo, hay una serie de aspectos que deben ser abordados de manera perentoria.

Las sesiones tienen una duración de dos horas y se programan cada semana o cada 15 días, siendo necesario cumplir unos objetivos previamente marcados en cada una de ellas, y que son diferentes para los adultos y los menores.

Los objetivos del programa en relación con los padres son los siguientes:

- Disminuir la judicialización de la vida familiar y el conflicto interparental.
- Eliminar, o al menos minimizar, los efectos negativos que produce la separación tanto en los adultos como en los menores.

- Promover el adecuado ajuste psicoemocional a la nueva situación que se genera tras la separación.

- Fortalecer la comunicación y colaboración parental (en definitiva, favorecer la coparentalidad); se habla también de paliar el déficit cognitivo, ya que, durante la separación, los adultos ven mermada su capacidad para razonar con facilidad como consecuencia del desequilibrio emocional y personal que supone la ruptura, produciéndose un déficit cognitivo que termina incidiendo en la capacidad de razonamiento y de actuación de las partes, impidiéndoles así que puedan centrarse en las necesidades del menor o los menores.

- Mejorar los métodos de disciplina. Para ello, “entrenan” a los padres para aprovechar en su beneficio las estrategias educativas y disciplinarias adecuadas para cada momento y conseguir reforzar conductas positivas inhibiendo las negativas.

- Reforzar la comunicación entre progenitores e hijos: se ha de instruir a los adultos en el incremento de la calidad en la relación con sus hijos, “reforzando los comportamientos positivos de la calidad en la relación con sus hijos”¹⁰⁸.

La intervención tiene “pleno éxito cuando los progenitores se comprometen a promover conjuntamente el bienestar de sus hijos, facilitando el uno al otro la coparentalidad positiva. No obstante, y para garantizar el cumplimiento del plan de parentalidad, pueden acordar el nombramiento de un coordinador de parentalidad, quien les puede ayudar también a resolver los problemas que pudiera existir en su aplicación”¹⁰⁹. Con respecto a las sesiones enfocadas al trato con el menor, pretenden de forma genérica ayudar a superar la crisis psicoemocional que el divorcio les produce, impulsar su desarrollo psicosocial, fomentar el desarrollo de diversas destrezas que acrecientan la competencia social, la inteligencia emocional, sus habilidades sociales y de comunicación, su capacidad para resolver conflictos de forma eficaz y con estrategias ajenas a la violencia, otorgándole un carácter preventivo que tiene como objetivo paliar consecuencias emocionales y conductuales futuras derivadas de la gestión de la crisis familiar.

Las partes que participan en el programa deben asumir, en primer lugar, que se enfrentan a un proceso largo, doloroso y en ocasiones traumático, precisamente el aspecto que los operadores jurídicos y la configuración actual de la ley están desatendiendo, lo que trae como consecuencia una mala gestión

108 *Ibidem*, pág. 38.

109 *Ídem*.

de las relaciones familiares antes, durante, y después de la separación/divorcio e incrementa de manera significativa la carga judicial.

Para evitarlo, la separación debe abordarse de un modo integral, poniendo a disposición de la familia todas las herramientas legales y sociales existentes, siendo los procesos de Justicia Terapéutica no solamente necesarios, sino también imprescindibles.

A pesar de ser un recurso útil a añadir a la lista que hemos realizado, no se considera que sean una herramienta enfocada exclusivamente a perfiles con alta conflictividad, sino más bien a familias que necesitan un apoyo o acompañamiento en el trance de la separación, precisamente para no conflictivizar la ruptura.

CAPÍTULO VII

EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD

1. Introducción

La no superación emocional de una ruptura debe abordarse desde un punto de vista mucho más terapéutico que judicial, y tratando de que los terceros implicados, especialmente los hijos comunes a la pareja que decide separarse, se vean afectados en la menor medida posible por el tránsito que la ruptura implica. En los casos en los que se desea poner fin a una relación, el procedimiento judicial debería evitar la exposición constante y detallada de la vida de la familia a través de demandas y querellas, lo cual en algunos casos con una carga emocional muy elevada resulta harto complicado.

Si bien es cierto que todas las resoluciones judiciales se consideran trascendentes, especialmente lo son aquellas cuyo objeto son menores de edad, donde se fijan medidas que van a determinar su futuro. En estos casos, la resolución no debe ser solamente ajustada al Derecho, sino también efectiva para los sujetos que quedan afectados por la misma.

Los recursos habituales estudiados anteriormente, como la mediación o la terapia de familia, acostumbran a ser poco eficientes cuando el conflicto se encuentra muy cronificado y el procedimiento presenta altas cuotas de conflictividad o con potencialidad de desarrollarlas, produciéndose una verdadera frustración de los profesionales que tratan de dar una respuesta útil a la situación creada. La sensación que transmiten los profesionales es que trabajan con familias sobreasistidas, pero que a ellos les faltan medios adecuados para poder solucionar sus problemas. Esta frustración se manifiesta también en los jueces, al ver que las ejecuciones se acumulan en sus Juzgados sin que los medios con los que cuentan (Puntos de Encuentro Familiar, apercibimientos o multas económicas con carácter coercitivo) sirvan de remedio a las situaciones cronificadas.

En estos casos, resulta mucho más efectivo y sano que los profesionales especializados en este ámbito inviten a las partes a la planificación y gestión del futuro, y no tanto a describir y recordar de manera continua el pasado.

En una crisis conyugal, es la pareja lo que quiebra, pero lo que nunca se debe romper es el nexo familiar, y los poderes públicos deben utilizar todos los medios posibles a su alcance para que la base de la sociedad, que es la familia, se mantenga unida a pesar de las desavenencias conyugales.

Ha quedado más que patente que las rupturas cada vez son más habituales, debido principalmente a los cambios sociales que se han experimentado en las últimas décadas y que han incidido en el modelo de familia. En este fenómeno social de familias no unidas también se aprecia que las parejas cada vez son más jóvenes y tienen hijos de corta edad, precisamente por la menor duración de las relaciones¹. Cuando la separación es tan inminente, nos encontramos con padres que no han aprendido apenas a ejercer como tales de forma conjunta, y de repente tienen que hacerlo de manera separada. Los estudios en la materia concluyen con que lo que afecta a los menores de edad no es la separación en sí de sus padres, sino el conflicto interparental que se genera derivado de la misma, especialmente cuando se instaura entre ambos la lucha de poder y la manipulación de los menores para lograr sus objetivos. Es más, en algunas ocasiones, la separación de los padres supone un alivio para los menores, mejorando su calidad de vida al acabar con determinadas situaciones de tensión y malestar en la convivencia conjunta.

En este contexto surge la figura del Coordinador de Parentalidad (de ahora en adelante, nos referiremos a él como Coordinador de Parentalidad, CoPa o CoPar), que justifica su existencia en las medidas que han tratado de implantarse en el ámbito del Derecho de Familia sin demasiado éxito cuando la situación alcanza tintes insostenibles, pero recogiendo de todas ellas la esencia, que viene a ser al fin y al cabo la evitación del conflicto y su cronificación.

Esta figura nace con el objetivo de reducir el conflicto fuera de los Juzgados, pero en connivencia con los mismos, ya que la derivación debe realizarse dentro del procedimiento judicial. Cobra sentido cuando se han agotado todos los recursos existentes para solucionar el conflicto existente. Muchos de estos recursos son desconocidos para los letrados, siendo lo más recomendable que, en casos de mucha conflictividad, soliciten al Juzgado que sus clientes sean derivados a los mismos antes de que el conflicto se acreciente. Hay que ser conscientes de que el CoPar deberá ser la última de las vías; es más, en ocasiones se ha denegado su implantación por no haber agotado el resto de las vías previas existentes. La razón estriba en que el proceso de Coordinación de Parentalidad tiene unos costes económicos elevados y requiere muchísima dedicación por parte de los profesionales que intervienen en el mismo. Además, en absoluto, resulta ni recomendable ni justificado en todos los casos de conflicto. El Coordinador de Parentalidad “ayuda a los padres a acordar

¹ CAPDEVILLA, Connie, 2016, *La coordinación de coparentalidad. Una intervención ...*, op. cit., pág. 42.

un plan de coordinación de parentalidad y a desarrollarlo. En el mismo se procura que sean las propias partes las que atribuyan facultades decisorias al Coordinador en los casos en los que no logren ponerse de acuerdo. O, en caso de que éste ya hubiera sido establecido (incluso por el Juez), les ayuda a implementarlo y cumplirlo. Ayuda a resolver, con técnicas comunes con la mediación, las disputas que en el desenvolvimiento de ese plan van surgiendo entre ellos, para reducir así la conflictividad².

Como antecedente inmediato nos encontramos con los programas de intervención con familias separadas, que se pusieron en marcha en los años 90, con el objetivo principal de proporcionar herramientas cognitivas que contribuyesen a que los progenitores resolviesen los problemas de manera eficaz, otorgarles los medios necesarios para afrontar los estados de estrés y de ansiedad derivados de la separación y evitar así que la familia se quebrase.

Para llevarlo a cabo de manera eficaz se necesita del trabajo multidisciplinario de abogados y psicólogos. Su efectividad dependerá en mayor grado de la prioridad que se le otorgue al desarrollo de las habilidades parentales. La determinación del tipo de intervención a llevar a cabo también dependerá del tipo de familia que la requiera y de las carencias que manifiesten, por lo que, de nuevo, no puede establecerse un patrón a desarrollar de igual manera en todos los casos.

A pesar de la utilidad de estas intervenciones, en España no son muy habituales a día de hoy, siendo muy pocos los Juzgados que derivan a programas de coordinación de parentalidad a las familias conflictivas.

Los resultados en aquellos Juzgados en los que se han implantado son visibles, los progenitores controlan mejor sus reacciones frente al otro progenitor, ofrecen respuestas efectivas a sus hijos, interiorizan y entienden las responsabilidades derivadas de su papel como padres, controlan los sentimientos derivados de la separación y, como consecuencia de todo ello, son capaces de desjudicializar el conflicto.

2. Definición y origen de la figura del Coordinador de Parentalidad

El Coordinador de Parentalidad es una figura relativamente joven que sur-

2 RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando, 2015, "El Coordinador de parentalidad; una figura a importar", [en línea], *Hay Derecho*, Disponible en: <https://hayderecho.com/2015/04/23/el-Coordinador-de-parentalidad-una-figura-a-importar/>

ge en Estados Unidos³ a mediados de los años 80, en los Estados de California y Colorado, (aunque será Oklahoma el primer estado que le dé soporte legal en el año 2001)⁴. Comienza a adquirir relevancia cuando los juzgados comienzan a recurrir a profesionales del ámbito de la salud mental para colaborar con familias con alto conflicto inmersos en procesos de separación o divorcio difícil.

A ello, se suma la circunstancia de que nos encontramos ante un uso indiscriminado de la vía judicial por parte de estas familias para resolver cuestiones relativas a la aplicación de lo estipulado en el convenio regulador o plan de parentalidad, es decir, ante la judicialización de cuestiones que no pueden ser solventadas por los tribunales por tener una fuerte carga emocional y personal que va más allá de cuestiones meramente jurídicas.

Se considera que las pioneras en la implantación de la figura fueron las psicólogas Susan Boyan y Anne Marie Termini, muy conocidas en el ámbito de la psicología por ser las creadoras del primer “manual de entrenamiento” para Coordinadores de Parentalidad, además de ser las fundadoras del *Cooperation Parenting Institute* en Atlanta (Georgia). Canadá es otro de los países pioneros en la implantación de esta figura, que experimentó su auge hace aproximadamente dos décadas, y cuenta con figuras de referencia como Dominic D’Abate y Aldo Morrone⁵.

En la actualidad, ya son varios los países europeos y latinoamericanos los que han incluido esta figura en su ordenamiento jurídico y en la práctica diaria de los tribunales, aunque con distintos nombres y características. En España, aunque su entrada se ha realizado un tanto tímidamente, ya comienza a utilizarse en varios Juzgados pioneros de Familia de varias Comunidades Autónomas.

El CoPar es un profesional que actúa con imparcialidad e independencia “conforme a su leal saber y entender, y tiene por misión contribuir a la efectiva implantación de las medidas paternofiliales post-ruptura sobre ejercicio

3 En un estudio realizado en el Condado de California, donde se implementó la figura del Coordinador de Parentalidad, se partía de una situación en la que 166 parejas divorciadas habían acudido a los tribunales un total de 933 ocasiones. En el año posterior a la implementación de dicho programa, las mismas acudieron tan sólo 37 veces. Además, se constató una reducción notable del conflicto respecto al cónyuge.

4 FARIÑA RIVERA, F. et al, 2017, *El Coordinador de Parentalidad; Un análisis...*, op. cit., pág. 158.

5 VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de coordinación de...*, op. cit., pág. 10.

de la patria potestad y reparto de los tiempos de convivencia de los hijos con ambos progenitores y a la normalización de la nueva organización de la vida familiar, con sus nuevas dinámicas y pautas de interrelación filio- parental, en un ambiente pacífico de consenso y entendimiento que permita la consecución de acuerdos entre los progenitores y el aprendizaje por éstos de técnicas de autogestión de sus discrepancias”⁶.

De acuerdo con la definición aportada por la *Association of Families and Conciliation Courts* (AFCC, 2005), “la coordinación de parentalidad es un proceso alternativo de resolución de disputas centrado en los niños/as en virtud del cual un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación asiste a progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver oportunamente sus disputas, educándolos con respeto a las necesidades de sus hijos/as- previo consentimiento de las partes y/o del Juzgado- tomando decisiones en base a los términos y condiciones establecidos por resolución judicial, por el acuerdo de designación del Coordinador de parentalidad”⁷.

Para la *American Psychological Association* (APA 2012), se define como “un proceso no adversarial de disputas, ordenado por el Juzgado o acordado por los padres separados o divorciados que tienen un patrón de alto conflicto o litigio sobre sus hijos”⁸. Resulta más ilustrativa y completa la definición dada por la AFCC, pero es importante destacar el carácter no adversarial de su intervención.

Esta figura se define de una manera precisa en la Sentencia 11/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de febrero de 2015, de recomendada lectura íntegra, en la que se señala que “tras la ruptura matrimonial y las decisiones judiciales subsiguientes, surgen cambios en la organización de la vida familiar que exigen una adaptación precisa y una leal colaboración entre los progenitores para que las nuevas situaciones afecten lo menos negativamente posible a la estabilidad emocional de los hijos (...). En estos ordenamientos, el Coordinador de Parentalidad se presenta como un auxiliar o colaborador del Juez en la implantación efectiva de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la

6 GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. 2019, *El Coordinador de parentalidad...*, op. cit. en línea.

7 VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de coordinación de...*, op. cit., pág. 9.

8 Ídem.

familia hacia la normalización de la nueva situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas”⁹.

De una manera muy ilustrativa se define a continuación: “una vez la familia pone en marcha las medidas planteadas por el Juez empiezan a surgir un montón de conflictos. Las sentencias no pueden delimitarlo todo y, por ejemplo, el Coordinador puede intervenir en si el niño va o no a una excursión, si va y hay que llevarlo al cumpleaños de un amigo: ese tipo de cosas que dejan al niño desvalido porque los mayores no son capaces de manejar la situación. En ocasiones, los progenitores se machacan a denuncias, los juzgados se colapsan y la situación de conflicto es terrible. Y el Coordinador lo que intenta es ayudar a facilitar las cuestiones del día a día. No toma decisiones, sino que hace cumplir las resoluciones del Juez y, puntualmente puede decidir si el niño va o no a la excursión, comunicándolo al Juez. Es una figura bisagra, una ayuda, un auxilio”¹⁰. Es por tanto “un profesional colaborador que auxilia al Juez y a las familias en la gestión de la ruptura matrimonial de éstos, encargado de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en las sentencias respecto a los menores, y por su estabilidad emocional psicológica y su seguridad”¹¹.

El Coordinador de Parentalidad actúa, pues, en los casos de divorcios o separaciones conflictivos en los que la sentencia no produce efecto apaciguador alguno, no cierra capítulo, siempre bajo la supervisión y coordinación de los jueces, con carácter auxiliar, y con la premisa de la defensa del mejor interés del menor; es por ello que a menudo recibe el nombre de “abogado de los niños”.

El proceso de coordinación de parentalidad se centra por tanto en cubrir las necesidades de los menores gracias a la ayuda de la figura del CoPar, que tiene como objetivo reducir la conflictividad e implementar lo recogido en el Plan de Parentalidad aprobado mediante sentencia judicial, identificando tanto los obstáculos para su cumplimiento como realizando las modificaciones necesarias de forma consensuada con los progenitores. No se trata de aplicar, como si de una copia pega se tratase, lo que las Directrices de la AFCC

9 Sentencia 11/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de febrero de 2015 (Roj: STSJ CAT 551/2015, Ponente: M.E Alegret Burgués).

10 Vid. VÁZQUEZ NAVARRO, Cristina, 2017, “El Coordinador de Parentalidad reducirá el conflicto en los divorcios con hijos”, *El País*, Disponible en: https://elpais.com/ccaa/2017/10/20/valencia/1508515992_138285.html

11 PASCUAL LUJÁN, Teresa, 2015, “El Coordinador de Parentalidad en rupturas conflictivas”, *Diario la Ley*, N° 8663, Sección Tribuna.

recogen, sino adaptarlo a las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico y de la sociedad en la que opera, y si es posible, mejorarlas.

De acuerdo con la implantación de esta figura en nuestro país, el Coordinador de Parentalidad es un profesional que puede provenir de cualquier ámbito relacionado con el campo de la familia (psicólogo, abogado, trabajador social...), siempre y cuando acredite formación en mediación, que tiene como objetivo principal la gestión de la parentalidad positiva en la familia separada con alto grado de conflictividad. Quizás sería necesario añadir que la ayuda se configura tras una crisis familiar derivada de una crisis de pareja, y tras haber recurrido a un procedimiento judicial, si bien es cierto que algunas experiencias con esta figura se han desarrollado fuera del ámbito jurisdiccional.

En España, esta figura ha sido también definida como un “servicio de seguimiento intensivo para ayudar a los progenitores y familiares separados y con alto grado de conflictividad a establecer y mantener relaciones sanas que posibiliten el desarrollo del menor. Está dirigido a aquellos padres y familiares que tienen dificultades para formular y/o implantar un plan de parentalidad (decidido de mutuo acuerdo o por un tribunal) que asegure los intereses y el bienestar de los hijos¹²”

Por tanto, el CoPar es una profesional con carácter transversal y capacidad para cumplir diferentes roles, con una formación y experiencia específica en terapia social, trabajo social y mediación, aunque se trata de una figura distinta a todos ellos.

La denominación que debe darse al CoPar es la de colaborador o auxiliar del Juez¹³, que interviene siempre por delegación expresa del Juez en fase de ejecución de resoluciones judiciales en aquellos procedimientos judiciales en los que existen discrepancias en cuestiones relacionadas con los hijos, y en la fase de ejecución de sentencia de cualquier tipo de procedimiento de familia.

12 LOGOSMEDIA MQ Mediar, 2014, *Servicio de Coordinación de Parentalidad en el partido judicial de Sabadell*, [en línea], Disponible en: https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/06/memoria-programa-de-coordinadic3b3n-de-parentalidad-logos_media.pdf

13 GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, 2018 “El magistrado Juan Pablo González del Pozo, pionero en el nombramiento del Coordinador de Parentalidad en Madrid” [en línea], *Diario la Ley*, Madrid, Wolters Kluwers, Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/document/NE0001724666/20181003/El-Magistrado-Juan-Pablo-Gonzalez-del-Pozo-pionero-en-el-nombramiento-de-Coordinador-parental-en-Mad>. Se trata de una entrevista realizada a uno de los magistrados pioneros en la implantación judicial de la figura del Coordinador de Parentalidad.

ARIAS BURGOS considera que, si bien esta figura nace con vistas a la ejecución, “no debe perderse de vista la posibilidad de usarle en cualquier parte del procedimiento, pues lo que el Coordinador de Parentalidad debe perseguir es mejorar las relaciones entre padre e hijo, y el momento de la intervención lo deberá determinar la aparición del riesgo objetivado”¹⁴.

El Coordinador de Parentalidad interviene en conflictos persistentes, cuando uno de los progenitores tiene problemas de drogodependencia, salud mental o de conducta; en procedimientos de violencia familiar o de género¹⁵, o cuando uno de los progenitores intenta limitar o impedir el contacto de los hijos con el otro, o pretende alterar el vínculo materno/paterno filial.

Podemos extraer varias características de todas las definiciones aportadas, de las cuales destacan las siguientes:

Es un proceso no adversarial que se utiliza en las crisis familiares con alto grado de conflictividad, que surge como vía alternativa de resolución de conflictos.

Se encuadra dentro del concepto de parentalidad positiva y del ejercicio de la corresponsabilidad parental.

El interés principal es la protección de los menores involucrados en el conflicto y una correcta implementación del plan de parentalidad.

Proviene siempre de una derivación judicial.

Los recursos habituales, como la mediación o la terapia de familia, acostumbra a ser poco eficientes cuando el conflicto se encuentra muy cronificado.

Sus funciones básicas son las de “asegurar el cumplimiento de dichas resoluciones, pacificar y normalizar situaciones de conflicto graves existentes entre los progenitores, enseñar a las partes a coordinar por sí solas las tareas inherentes al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes y resolver de forma ordenada y consensuada las discrepancias que con tal motivo surjan”¹⁶, así como introducir unas pautas de diálogo y consenso, especialmente en las cuestiones relativas a los hijos comunes.

El objetivo es claro, hay que resolver el problema humano que subyace a

14 VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de Coordinación...*, op. cit., pág. 78.

15 Existen discrepancias en este punto, que estudiaremos a lo largo del presente capítulo, pues muchos profesionales consideran que en ningún caso puede derivarse a CoPar en los casos en los que exista violencia de género. Sin embargo, los procedimientos de violencia de género tienen efectos y remedios jurídicos propios diferentes a los de los procesos de familia, lo cual no significa que quede totalmente descartado el uso de esta figura en casos de violencia doméstica o de género.

16 GONZÁLEZ DEL POZO. J.P., 2019, *El Coordinador de Parentalidad, una figura...*, op. cit.

los conflictos de familia, detener la espiral de conflicto familiar creciente y enseñar a los progenitores a distinguir los problemas surgidos de la crisis de la pareja de los que causa el ejercicio de la parentalidad, ya que, si no logran esta separación, los sentimientos negativos derivados de la ruptura y los resquemores acaban instrumentalizando a los hijos.

Según la AFCC, y tras la adaptación de ASEMIP a la realidad española, las funciones del CoPar son las siguientes¹⁷:

Función evaluadora: valora el funcionamiento del plan de parentalidad, la adaptación de los menores, la colaboración o falta de ella de los progenitores. Analizan la fuente de los conflictos.

Función psico-educativa: informa sobre las formas de comunicación, desarrollo de infancia y adolescencia, impacto de la separación disfuncional en los hijos, etc.

Función coordinadora: debe realizar una importante labor de coordinación entre todos los agentes intervinientes en el proceso (familia nuclear, parientes, profesionales involucrados...) para establecer estrategias comunes.

Función gestora y facilitadora del proceso: para implementar un plan de parentalidad acorde con las necesidades de los menores implicados. Debe, asimismo, facilitar un nuevo marco para las relaciones sociales lo menos nocivo posible para los menores, creando un ambiente adecuado y ajustado a la nueva realidad familiar.

Función de seguimiento y acompañamiento en el proceso de cambio.

Función preventiva: el CoPar debe ofrecer a las familias las herramientas necesarias para que aprendan a gestionar el conflicto futuro.

Labor informativa: informan al Juzgado del desarrollo del proceso, si así lo requiere éste o de la finalización del mismo.

Para poder desempeñar de una manera correcta su labor, el CoPar debe tener acceso al expediente judicial completo, que incluye la información aportada por otros profesionales en el proceso, así como al historial académico, médico, y psicológico de los menores. Esto incluye la posibilidad de concertar entrevistas con quien considere adecuado y que sea interviniente en el proceso. En base a esta información, tiene potestad para derivar a programas específicos si lo estima conveniente, como la escuela de padres, programas de violencia de género, o terapia psiquiátrica o psicológica. Al tener acceso a

¹⁷ Vid. VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de Coordinación...*, op. cit., pág. 81.

toda la información relativa a una familia, el CoPar puede formarse una idea de su realidad. Información a la que, por la celeridad del procedimiento, la falta de medios y de tiempo, el Magistrado que acaba dictando una sentencia no puede acceder, como son los expedientes escolares de los menores o la información sobre el mundo laboral de los padres. El trabajo de estos profesionales evidencia la realidad objetiva de las familias, de la paterna y la materna a nivel global, no solamente en lo que a los propios progenitores se refiere.

El Coordinador de Parentalidad podrá realizar recomendaciones sobre las medidas de aproximación (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación paterno filial) que entienda adecuadas, informando al Juzgado de los acuerdos a los que las partes hayan llegado con su intervención. En caso de desacuerdo, podrá realizar las propuestas acerca de cómo se han de llevar a cabo las relaciones personales o estancias de los menores con el padre que estime convenientes el Juez, para que éste adopte la oportuna decisión. Principalmente, un CoPar debe ayudar a los progenitores a negociar aspectos educativos que son de gran importancia para el bienestar de los menores tales como dar pautas de autoridad, distribuir y dejar claras las responsabilidades educativas de cada progenitor, ayudar a evitar la tendencia a usar de mensajeros a los menores o el uso de chantaje emocional.

Asimismo, podrá establecer protocolos de actuación, por ejemplo, para solicitar información de los hijos en común, valorar cómo ejerce cada progenitor la responsabilidad parental y cómo puede mejorarlo. En los casos en los que sea necesario trabajar la revinculación paternofilial, será necesario intervenir directamente a los niños, tanto en sesiones individuales como familiares, aunque los psicólogos recomiendan que la participación de los menores en el proceso sea la menor posible.

Si el CoPar considera, tras el examen de la situación correspondiente, que resulta imposible lograr el ejercicio de una coparentalidad cooperativa, enfocará su trabajo para que se mantenga una parentalidad paralela funcional ejercida por separado.

La AFCC¹⁸ recoge una serie de decisiones que pasan a ser tarea del CoPar y que se refieren a cuestiones de la vida cotidiana:

- Pequeñas modificaciones, clarificaciones de puntos del plan de parentalidad con respecto a horarios/distribución del tiempo.
- Cuestiones sobre entregas y recogidas de los hijos menores; lugar, horas, medios de transporte, personas autorizadas...

18 VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de Coordinación...*, pág. 84.

- Actividades extraescolares.
- Medios de comunicación entre los padres, así como sobre la comunicación entre padres e hijos.
- Cuestiones acerca de los enseres personales de los menores.
- Cuestiones relativas a los cuidados de la salud de los hijos.

Sin embargo, los profesionales manifiestan que en muchas ocasiones su actuación precisa de cierta urgencia, “como decidir la asistencia a un acontecimiento familiar como un funeral o una celebración (boda, cumpleaños, boda...), y el CP deberá hacer reflexionar a los progenitores sobre lo que es más positivo para los hijos, y sobre lo que más respeta sus intereses”¹⁹. Pero en el caso de que no se pueda llegar a un consenso y sea urgente tomar una decisión, el Copar podrá utilizar su capacidad de arbitrar.

3. Conflictos en los que interviene la figura del Coordinador de Parentalidad

Partimos de la base de que no todos los conflictos deben ser sometidos a la intervención del Coordinador de Parentalidad, sino solamente aquellos en los que los niveles de conflictividad, por diversas razones, son excesivamente altos y persistentes, con altos niveles además de judicialización. Éstos se dan cuando se producen interferencias parentales para que uno de los progenitores no esté presente en la vida de los menores, cuando la mirada de uno de los padres hacia el otro se encuentra muy distorsionada, y así se lo hacen ver a los menores, en casos de violencia intrafamiliar o cuando existen abusos y adicciones a determinadas sustancias o problemas de salud mental; también cuando hay problemas con hijos con necesidades especiales. Su función consistirá en prevenir casos de violencia, tanto de género como entre padres e hijos, incluso en conflictos con terceros (abuelos, por ejemplo).

El proceso de CoPar no debe sustituir el trabajo de otros profesionales previos a la intervención, en todo caso lo complementará. Es necesario realizar un estudio pormenorizado del perfil familiar y, si se considera que el proceso más adecuado es una mediación o una terapia, se derivará a ese modelo de servicio. De manera muy gráfica, se interviene en aquellos casos en los que da la impresión de que ya no hay nada que hacer para solucionar la situación familiar. Existen antecedentes en el ámbito de la psicología que, si bien no reciben como tal el nombre de Coordinadores de Parentalidad, pueden asemejarse en parte al trabajo que los mismos realizan.

¹⁹ Ídem.

Dentro del tratamiento del SAP, aunque extrapolable a los procedimientos en los que existe un conflicto catalogado como intenso, se enmarcan los estudios de WALSH Y BONE (1997)²⁰, quienes proponen un plan correctivo, que requiere de una importante coordinación entre (i) juzgado, (ii) operadores jurídicos y (iii) operadores psicosociales intervinientes en el proceso judicial concreto. Los abogados deberán mostrarse conformes con que la salida será un proceso constructivo basado en la negociación y en la colaboración. Posteriormente interviene un psicólogo que será designado por el Juez, cuya misión consiste en identificar los motivos de rechazo a uno de los progenitores y la intensidad del rechazo, promoviendo un proceso de mediación entre ambos.

Otro de los contextos en los que se encuadra el uso de la figura del CoPar es en casos de familias con un miembro o más adoptados. En Argentina, concretamente en Mar de Plata, se ha puesto en marcha un programa llamado “Merienda de hermanos” creado para el encuentro fraterno, ya que en ocasiones han sido los propios menores adoptados los que han reclamado a sus progenitores la existencia de espacios y tiempos del ejercicio de sus parentalidades con el objeto de favorecer su derecho a vivir en familia. También puede darse en casos de familias reconstruidas que posteriormente deciden separarse, habiendo creado durante ese tiempo un vínculo real y sólido entre hermanastros. En todos estos casos debemos hablar de parentalidades en plural, pues es a los progenitores de todos los menores implicados a los que va dirigido este recurso²¹.

La relación fraterna constituye, tal vez, la expresión más democrática de las relaciones familiares, en tanto vínculo entre pares. El olvido en el que incurramos los adultos por garantizar su efectivo goce constituiría un tinte autoritario que no resulta congruente al Estado de Derecho. Es necesario, entonces, aplicar la herramienta de la CoPa en función del derecho a la fraternidad para permitir el contacto entre hermanos que no conviven juntos.

4. Coordinación de Parentalidad y violencia de género

Del mismo modo en que la mediación no cabe en los procesos de violencia

²⁰ Ibídem, pág. 99.

²¹ BALLARIN Silvana, *Coordinación de Parentalidades frente al Derecho a la Fraternidad*. Artículo facilitado a la autora tras la ponencia en la que participó durante el I Congreso Internacional de Coordinación de Parentalidad celebrado en Barcelona en noviembre de 2018.

de género, debemos analizar si en el contexto de la CoPar se da esta circunstancia. Existen diferentes visiones acerca de esta cuestión.

Hay que distinguir situaciones de violencia sobrevenida, de violencia cronificada donde la mujer queda supeditada y sometida a la figura del hombre. Parece que hay consenso en que, en caso de que exista una violencia circunstancial o sobrevenida, sí podrá utilizarse el CoPar, no siendo posible en el segundo tipo de violencia cronificada. Tampoco se contempla en familias en las que exista una posición de dominación de una de las partes. Considero que estudiar cada caso concreto y examinar el tipo de violencia que se ejerce, si existen adicciones o enfermedades mentales. Aunque existen legislaciones que prohíben su utilización, ésta es una solución demasiado extrema, porque no tiene en cuenta la variada y completa casuística existente.

Sin embargo, dado que esta figura no está todavía definida y tan sólo se están desarrollando programas piloto, será necesario avanzar en el estudio de la misma para poder definir en qué situaciones será posible implementar los servicios del CoPar.

Su papel en este tipo de procedimientos pasa por concretar y evaluar la existencia de riesgos reales sobre los menores y si dicho riesgo afecta a la salud y desarrollo del mismo y en qué medida, siendo preciso acreditarlo mediante informes sociales, médicos, psicológicos, etc..., que pongan en conexión el episodio violento y el perjuicio del contacto paterno-filial²². El CoPar, por tanto, debería ser una figura neutra, un experto en relaciones, con habilidades comunicativas para ayudar a reducir los conflictos interfamiliares, así como para facilitar el derecho de los niños a crecer en un ambiente libre de disputas.

Como se ha analizado en el presente trabajo, existen en la actualidad otras figuras que contribuyen a que las separaciones sean lo menos conflictivas o traumáticas posibles, (mediación, Puntos de Encuentro Familiar, terapias pre y post ruptura), sin embargo, los profesionales se han dado cuenta de que ninguno de estos recursos resulta útil cuando el nivel de conflicto es muy alto. Existen además situaciones dramáticas de feminicidios en los que se observa un gran número de menores huérfanos de padre y madre que además sufren el desarraigo de las familias extensas por las circunstancias vividas²³. En estos

22 Este tipo de información debe salir a la luz en cualquier proceso penal en el que existan menores; lo que se viene a decir es que toda esta tarea puede ser realizada, con ayuda de otros profesionales, por la figura del CoPar.

23 Nos referimos a aquellas situaciones en las que uno de los progenitores asesina

casos, la figura de la CoPar adquiere un sentido pleno, pues se dan situaciones familiares realmente complejas y extremas.

5. Naturaleza de la figura del Coordinador de Parentalidad

No podemos obviar el importante hecho de que, en la actualidad, esta figura no se encuentra regulada a nivel nacional, habiéndose implantado en varias Comunidades Autónomas algunos programas piloto que comienzan ahora a arrojar resultados, aunque no del todo definitivos. Por ello, es difícil delimitar cuál es su naturaleza jurídica, aunque no cabe duda de dos características: de su naturaleza no contenciosa y de que la derivación debe provenir de instancias judiciales. Los propios profesionales manifiestan su preocupación ante la dispersión de creencias sobre esta figura, dudas sobre la metodología de su implantación así como sobre la formación específica²⁴. Se trata de una figura novedosa, que debe ser regulada prácticamente desde cero, de ahí los debates sobre su configuración y naturaleza.

Como amparo jurídico limitado podemos contemplar el artículo 36 de la CE y el artículo 158.6 Código Civil, que faculta a los jueces, a petición de alguna de las partes, del Ministerio Fiscal o de oficio si ninguno de ellos lo solicita, a tomar las medidas que considere oportunas, incluso designar a un CoPar, siempre que concurran los requisitos exigidos por dicho precepto: que esté abierto un proceso judicial, que se constate una situación de riesgo para algún menor derivada de la actuación de los padres y que la misma pueda ser evitada o al menos disminuida con la intervención de un profesional como el CoPar. Los expertos que trabajan en Coordinación de Parentalidad resaltan su carácter auxiliar, pues se trata de un profesional que complementa el trabajo del Juez, y a la vez le ayuda en el examen de determinadas situaciones que llegan al Juzgado.

Puede confundirse con la figura del perito, ya que procesalmente se con-

al otro, y posteriormente se suicida o entra en prisión, quedando el menor sin ambas referencias parentales y a cargo de otros familiares o servicios sociales.

24 VV.AA, *Documento base para el desarrollo de la Coordinación de Parentalidad*, desarrollado en el I Forum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad, celebrado el 17 de mayo de 2019 en La Laguna, [en línea], disponible en <https://plataformafamiliayderecho.org/2020/01/19/i-forum-de-expertos-para-el-desarrollo-de-la-coordinacion-de-parentalidad-y-la-gestion-de-la-alta-conflictividad-familiar/> Se trata, en mi opinión, de uno de los textos más completos y novedosos de regulación de esta figura.

figura como tal siendo aplicable al mismo las prescripciones contenidas en el artículo 340 y siguientes de la LEC, y además pone a disposición del Juez todos sus conocimientos en psicología, técnicas de mediación y negociación, conocimientos jurídicos... para lograr los objetivos marcados por el tribunal. Pero, por otro lado, sin duda, cumple con funciones de un testigo, ya que el CoPar tiene acceso a comunicarse con todas las personas cercanas a la familia intervenida, o con terceros relacionados con la misma, por lo que realiza una tarea investigadora muy valiosa que proporciona al Juez información veraz y objetiva sobre el asunto, actuando como los ojos y oídos del Juez en la verificación, así como en el aseguramiento de la ejecución y cumplimiento de la resolución judicial. A pesar de compartir con el perito ciertas características en su actuación, ambas figuras no pueden equipararse, porque la actuación del CoPar es dinámica o evolutiva; su dictamen depende del trabajo que realiza con las partes. Cuando ha analizado las circunstancias de esa familia en concreto, está en condiciones de formular propuestas para mejorar las destrezas de los progenitores para gestionar conflictos y mejorar así el mejor interés de los niños.

El TSJ de Cataluña es partidario también de otorgarle esta categoría: *“No vemos obstáculo legal para que los jueces, fundadamente, en casos de grave conflicto y por tanto excepcionales, con el fin de preservar las relaciones de los progenitores con sus hijos, acuerden recabar un apoyo especializado, no sólo para la elaboración de un dictamen estático sino también para una actuación dinámica en ejecución de sentencia como la que la Audiencia Provincial ha previsto”*²⁵.

Podemos definir la figura del perito judicial como la de un profesional con conocimientos especializados en una materia concreta que suministra su opinión fundada y respaldada por unos conocimientos técnicos con respecto a los puntos controvertidos en un pleito, pero la decisión final sobre éstos tras escuchar su opinión recae siempre en manos del Juez.

El CoPar colabora de manera estrecha con los progenitores para ayudarles en el correcto ejercicio de las funciones parentales, dándoles soporte e implantando pautas de actuación para eliminar malas prácticas entre ellos (por ejemplo, actitudes denigrantes delante de los hijos). Éste interviene siempre y cuando exista un grave conflicto, traducido en enfrentamientos constantes, alta hostilidad entre las partes con incidencia en los menores y en una judicialización permanente de las controversias.

25 STSJ de Cataluña 11/2015 de 26 de febrero de 2015 (Roj: STSJ CAT 551/2015).

Deberá tener conocimientos multidisciplinarios en varias áreas: psicología, mediación, derecho, conciliación y técnicas negociadoras. No se trata de configurar una formación para crear profesionales en CoPar, sino más bien para especializar a profesionales que ya trabajan con este tipo de familias y que les aporta un método de trabajo nuevo. Hablamos de familias con alto grado de sufrimiento, por lo que el trabajo de autodesarrollo emocional que el profesional que se dedica a esto debe realizar es también muy importante, pues es clave que entiendan el momento que la familia está pasando. Requiere por todo ello de habilidades emocionales como empatía, paciencia y confianza.

Las vías de intervención del CoPar pueden darse de dos modos, cuando las partes deciden someterse al mismo de manera voluntaria, o cuando la derivación se realiza desde el Juzgado, una vez el conflicto se ha judicializado; en este caso, la justificación parte de la protección del interés del menor y de la potestad que el Juez tiene para tomar medidas que redunden en beneficio del mismo.

Como decíamos, la potestad jurisdiccional es indelegable, por lo que el CoPar carece de capacidad decisoria, si bien es cierto que podrá realizar recomendaciones, propuestas y sugerencias al Juez en aquellas cuestiones controvertidas que surjan en el ámbito de su actuación, pero para poder ser ejecutadas necesitan siempre del refrendo o ratificación judicial, dándole facultades decisorias siempre con carácter excepcional y en aquellos casos en el que dicho poder se dé de modo expreso por las partes.

Con respecto a la delegación de funciones que corresponden al Juez, en determinadas ocasiones, siempre justificadas, podrá decidir, por ejemplo, si se dan en las familias sucesos imprevisibles de notoria importancia, como cuando, un progenitor no deja al menor ir a un funeral de un familiar cercano, o le dan un premio al menor y no le deja ir a recogerlo el progenitor custodio en ese momento. Se permite esta delegación por meras razones de operatividad y siempre en relación a controversias de escasa relevancia “con carácter inaplazable, que de otra manera quedarían sin resolver”²⁶. Es como si estuviese decidiendo el Juez por delegación y permitiría resolver problemas que deben ser solucionados a muy corto plazo. En estos casos, el CoPar “valorará la vinculación efectiva del menor con el familiar o allegado protagonista del evento, autorizando la asistencia o participación del menor si tan vinculación

²⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., 2018, *El Coordinador de Parentalidad, una figura...*, op. cit., en línea.

fuere estrecha, o denegándola si fuere muy débil o inexistente”²⁷. Si el menor de edad tuviese suficiente juicio o en todo caso tuviese más de 12 años, se escuchará su opinión, teniendo en cuenta además los posibles perjuicios que la inasistencia al evento en concreto acarrearía a nivel emocional. Una vez tomada la decisión, “la notificará de modo inmediato al Juez el primer día hábil siguiente por el medio más rápido posible, y éste podrá refrendarla, en cuyo caso podrá imponer una multa coercitiva por incumplimiento al progenitor que no hubiere acatado la decisión del CoPar, o revocarla”²⁸.

Su conocimiento amplio de la situación del conflicto le confiere autoridad para que su decisión se convierta en ejecutable, siempre siguiendo las pautas que el Juez le haya otorgado en el ejercicio de sus funciones. No tiene capacidad decisoria porque la figura ha de ser neutra con respecto de los progenitores, centrándose solamente en el menor de edad. Por tanto, un Copar no es un Juez adjunto.

Se proponen al efecto las siguientes reformas legales, consistente en añadir un último párrafo al art. 158 del CC con el siguiente tenor “*Para la efectividad de las medidas que adopte podrá disponer la intervención de puntos de encuentros familiares, sistemas de mediación, de coordinación de parentalidad, u otros recursos que considere disponibles y estime adecuados*”²⁹. Del mismo modo, la inclusión en el artículo 776 LEC, relativo a la ejecución forzosa de los pronunciamientos de medidas, de una referencia en el caso de incumplimiento reiterado de las responsabilidades parentales pueda establecerse la figura del CoPar. Y por último, mención expresa de esta figura en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia³⁰.

6. La figura del CoPar en otros países

6.1. Argentina: la figura del mediador terapéutico

Argentina es el país latinoamericano que sirve de referente en lo que a la introducción de la coparentalidad positiva respecta. Siendo los tribunales conscientes de la complejidad de las situaciones a la que se enfrentan, han

²⁷ Ídem.

²⁸ Ídem.

²⁹ Propuesta incluida dentro del *Documento base para el desarrollo de ...*, desarrollado en el I Forum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad, op.cit., en línea, pág. 20.

³⁰ Ídem.

creado un modelo de actuación caracterizado por la no confidencialidad y por la protección del interés superior del menor como pilar, en el que toda la estructura del sistema judicial converge hacia el acuerdo.

El objetivo que la legislación argentina persigue, bastante ambicioso, es que las relaciones familiares, tanto en familias separadas como unidas, se rijan por el principio de corresponsabilidad parental, para garantizar así el derecho del menor a disfrutar de la vida familiar. El artículo 624 del Código Civil y Comercial de la Nación “*alude a la facultad del Juez de ordenar las medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación cuando los desacuerdos entre los progenitores entorpezcan gravemente el ejercicio de la corresponsabilidad conjunta*”³¹. En los casos en los que la confrontación es especialmente virulenta, “las intervenciones profesionales especializadas del Punto de Encuentro Familiar apuntan a que puedan establecerse nuevas herramientas pacificadores en los procesos, en pos de la disminución de esa violencia y el pleno ejercicio de derechos que el interés superior del niño requiere”³².

Se distinguen asimismo las instituciones de PEF y CoPar, teniendo este último como objetivo la implantación del plan de parentalidad, definido como “un proceso alternativo de resolución de conflictos centrado en el niño, y en consecuencia, en el resguardo de su seguridad y estabilidad emocional, que requiere de un profesional formado y con experiencia en mediación”³³.

Las partes deberán aceptar de manera fehaciente la derivación al proceso, así como ser informados del reglamento de funcionamiento. Supone un apoyo altamente especializado para la etapa de ejecución de sentencia.

En los Juzgados de Familia de la ciudad de Buenos Aires ya existía el denominado mediador terapéutico; esta figura acompaña a los padres en el proceso hacia el divorcio emocional, centrándose en el interés superior de los menores y con unas funciones muy similares a las del Coordinador de Parentalidad. Esta mediación terapéutica consiste en un proceso iniciado por el Juez en aquellos divorcios de elevada conflictividad, principalmente focalizado en priorizar el cuidado y sostén de los hijos, en lugar del clásico proceso contencioso judicial y de las necesidades de los padres.

31 Véase, BALLARIN, Silvana, MINNICELI, Mercedes, 2016, *Coordinación de Parentalidad y Puntos de Encuentro Familiar: Nuevas herramientas de eficacia y pacificación del proceso de familia*, Buenos Aires, Thomson Reuters, pág. 2.

32 Ídem.

33 Ídem.

Su función principal es evaluar el impacto emocional del conflicto en los menores. Para ello, el Mediador Terapéutico (MT) desarrolla su trabajo en estrecha conexión tanto con el Juez como con los letrados de ambas partes, así como con todos los adultos implicados en el proceso con interés directo (tíos, abuelos...), todo ello de forma directiva, con autoridad emanada de la autoridad judicial. Se trata de un proceso normativo en el que el MT deberá hacer recomendaciones e indicaciones cuando los padres no se pongan de acuerdo, notificando e informando siempre al Juez y supervisando si se cumplen los acuerdos y con la potestad de modificarlos si lo estima conveniente. Se puede asimilar a los procesos de seguimiento en España que se llevan a cabo en las ejecuciones de sentencia por los trabajadores sociales forenses adscritos a los equipos psicosociales.

Es necesario destacar que en los Juzgados de Familia de Buenos Aires (Argentina), los magistrados que tramitan procedimientos de crisis matrimoniales y familiares cuentan con formación en terapia familiar, y trabajan conjuntamente con los equipos de mediadores terapéuticos.

6.2. Estados Unidos

Como se ha expuesto anteriormente, Estados Unidos fue el país pionero en implantar esta figura, con diferentes denominaciones tales como *special master*, *parenting plan coordinator*, *mediator-arbitrator* o *wise person*, y aunque Oklahoma fue el primer Estado en regular jurídicamente esta figura, muchos otros Estados no tardaron en regularla. Otros la han aplicado en la práctica jurisdiccional sin necesidad de recogerla legislativamente³⁴. En la actualidad, esta figura³⁵ está implementada en un total de 15 estados americanos y se ha configurado como un importante y útil recurso para las familias en conflicto.

En el año 1994, dos psicólogos, Carla Garrity y Mitchel A. Baris, realizaron

34 Los Estados en los que se encuentra regulado legalmente son los siguientes: Oklahoma (2001), Idaho (2002), Oregon (2002), Carolina del Norte (2005), Colorado (2005), Texas (2005), Louisiana (2007), Florida (2009) y New Hampshire (2009). Los estados en los que se ha recogido en jurisprudencia son: Arizona, California, Georgia, Hawai, Massachusetts, Minnesota, Nuevo Mexico, Pensilvania y Vermont, y en el resto de estados solamente pueden someterse a un procedimiento de coordinación de parentalidad si las partes interesadas lo convienen de mutuo acuerdo.

35 El término Coordinador de Parentalidad fue utilizado por primera vez en los años por un grupo de profesionales en Derecho de Familia de Colorado (EEUU).

un estudio en un grupo familiar de alta conflictividad de Colorado, de donde surgió el libro *“Protecting the Children of High Conflict Divorce”*, con la idea de implantar un proceso con el objetivo de proteger a los menores³⁶.

Recibe el nombre de *Special Master*, asesor de la familia o facilitador de la coparentalidad, en un contexto de aumento de las separaciones familiares y un incremento de solicitudes de guarda y custodia compartida (una situación muy similar, podríamos afirmar, a la que más de quince años después nos encontramos en España), y como respuesta a la demanda de las familias, tras comprobarse que, en la mayor parte de las ocasiones, la sentencia judicial no terminaba con los problemas derivados de la crisis familiar³⁷, y que era totalmente necesario ayudar a las familias con alta conflictividad en el periodo post-divorcio. Del mismo modo, se comprobó como los métodos tradicionales de resolución de conflictos, como la mediación o la terapia, no eran suficientes para estas situaciones en las que la conflictividad era continua.

La *Association of Family and Conciliation Courts* fue creada en el año 2001 por Dennise Mc Colley y el magistrado George Czutrin, con el objetivo de estudiar cómo se resolvieron en EEUU las cuestiones inherentes a la figura del CoPar, para lo cual crearon el documento *“Model Standards for Parenting Coordination”*.

A principios de los años 90 se creó el *Cooperative Parenting Institute* (CPI), liderado por Susan Boyan y Ann Marie Termini, que ofrecieron unos estatutos que se habían desarrollado en California a los profesionales del ámbito jurídico familiar.

En Atlanta se creó el Instituto de Parentalidad (*Parenting Institute*), donde desarrollaron uno de los primeros manuales de entrenamiento destinados a terapeutas que querían asumir el rol de CP en el trabajo con familias muy conflictivas.

La *American Psychological Association* publicó en el año 2012 una guía rectora para el Plan de Coordinación de Parentalidad según la experiencia de

36 CARTER, Debra K., 2011, *Parenting Coordination; a practical guide for family law*, Nueva York, Springer Publishing Company, pág.15.

37 DEUTSCH, R.M., COATES, C.A., y FIELDSTONE, L.B., 2008, “Parenting Coordination: An emerging role to assist high conflict families”, en L. B. FIELDSTONE & C. A. COATES (EDS.), *Innovations in interventions with high conflict families*, Madison, WI: Association of Family & Conciliation Courts: pp. 187–221. Aunque mayoritariamente las disputas se disipaban en sede judicial, cabe señalar que para algunas familias (por no decir la mayoría) las sentencias judiciales no resolvían sus problemas, y ante tal ineficacia de respuesta legal se planteaba la necesidad de ofrecer soluciones satisfactorias a las mismas.

psicólogos, en la que se subraya que el principio de intervención del CoPar se focaliza en el interés superior del menor, ayudando a los progenitores en la toma de decisiones para la implementación en el plan de parentalidad. El programa lucha por evitar los conflictos familiares con menores involucrados en el distrito de Columbia.

Las directrices que la AFCC ha dado para llevar a cabo del proceso de coordinación de parentalidad se recogen en el siguiente cuadro. Estas directrices ofrecen recomendaciones tanto de formación como de buenas prácticas muy detalladas, al hilo de la necesidad expresa manifestada de contar con unas directrices de desarrollo de programas y de formación. Las mismas han sido traducidas fielmente por la COPC de aquellas pautas dadas por la AFCC³⁸:

El Coordinador de Parentalidad debe estar capacitado por estudios y formación, para llevar a cabo funciones de coordinación de parentalidad y debe seguir formándose a nivel profesional en este rol.

El CoPar debe mantener la imparcialidad en el proceso de coordinación de parentalidad, aunque no sea neutral con respecto a los resultados de ciertas decisiones concretas. La imparcialidad implica evitar favoritismos o actuar de manera sesgada a nivel de palabra, obra o en apariencia, así como el compromiso de ayudar a ambas partes, sin favorecer a ningún individuo en concreto.

El/la CoPar no debe prestar sus servicios en asuntos que presenten un claro conflicto de intereses.

El/la CoPar no debe ejercer un doble rol consecutivo.

El/la CoPar debe informar a las partes de las limitaciones sobre confidencialidad en el proceso de coordinación de parentalidad. No se divulgará información fuera del proceso de coordinación de parentalidad, salvo por razones legítimas y con fines profesionales autorizados.

Fuera de la coordinación de parentalidad, el/la CoPar debe mantener la confidencialidad de la información obtenida durante dicho proceso, salvo si el juzgado ordena lo contrario mediante resolución judicial o salvo si las partes establecen lo contrario mediante acuerdo escrito.

El/la CoPar debe ayudar a las partes a reducir los conflictos perjudiciales y a promover el mejor interés de los niños en base a las funciones y rol profesional del/la CoPar.

38 AFCC y Colegio de Psicólogos de Cataluña, *Directrices para la coordinación de Parentalidad*, Disponible en: [https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CE-FCP/AFCC%20Directrices%20para%20la%20Coordinación%20de%20Parentalidad%20\(2005\)%20-%20Traducción%20COPC%20\(2013\)%20Rev%2002-2014.pdf](https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CE-FCP/AFCC%20Directrices%20para%20la%20Coordinación%20de%20Parentalidad%20(2005)%20-%20Traducción%20COPC%20(2013)%20Rev%2002-2014.pdf)

El/la CP debe ejercer su función por pacto parental y/o resolución judicial, en las que se especificarán y definirán con claridad su ámbito de autoridad y sus responsabilidades.

El/la CP debe propiciar la comprensión del proceso de coordinación de parentalidad por parte de los interesados de modo que puedan dar su consentimiento informado sobre el mismo.

El/la CP debe informar claramente y explicar sus honorarios y cargos a las partes.

El/la CP se comunicará con las partes, sus asesores jurídicos, los/as niños/as y el juzgado preservando en todo momento la integridad del proceso de coordinación de parentalidad y teniendo en cuenta la seguridad de los progenitores y de los/as niños/as.

El/la CoPar tendrá acceso a las personas relacionadas con los distintos miembros de la familia y a los documentos necesarios para poder cumplir con sus responsabilidades.

6.3. Canadá

Canadá puede considerarse país pionero en la implantación y desarrollo de esta figura. Sin embargo, la experiencia desarrollada en Canadá en cuanto a la implantación del CoPar difiere sustancialmente del procedimiento de EEUU, ya que la legislación canadiense no permite que los jueces puedan delegar competencias o funciones en terceras personas, lo cual implica que no pueda ordenar a las partes que contraten y trabajen con un profesional o un servicio de CoPar bajo ninguna circunstancia (en todo caso, podrá recomendarlo), considerándose una delegación de funciones indebida.

Tampoco se han desarrollado “leyes o reglamentos que permitan a los jueces imponerlo en sus sentencias, pero sí pueden recomendarlo en ellas”³⁹. Así pues, la figura se encuentra un tanto limitada, pues no podrá actuar si no existe un consentimiento previo de las partes.

Esto no implica que esta figura no sea utilizada por las familias, simplemente se requiere el previo consentimiento de ambas partes y la firma de un acuerdo de CoPar, que será incorporado junto con la resolución judicial.

En su ordenamiento, se presenta a esta figura “como un auxiliar o colaborador del Juez en la implantación efectiva de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto de la mediación, de reconducción de la familia

39 VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al., 2018, *Manual de coordinación...*, op. cit. pág. 11

hacia la normalización de la nueva situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas. En algunos casos, el coordinador puede tomar decisiones vinculantes para la familia. Se organiza bajo los principios de especialidad, neutralidad, eficacia y confidencialidad, salvo la información que deba darse al tribunal”⁴⁰.

Los representantes más conocidos son Dominic D’Abate, figura clave en el impulso del CoPar, y Aldo Morrone, los cuales implantaron esta figura a través del *Consensus Mediation Center*, siendo el primero el responsable del proyecto piloto en Montreal y posteriormente en Quebec⁴¹.

Como antecedente en Canadá, podemos mencionar la figura de los *evaluadores de custodia*, expertos en el ámbito de la salud mental con experiencia en el tratamiento de las familias y de los hijos. Tras un análisis de los resultados obtenidos tras evaluar el entorno familiar, emiten un resultado que trasladan a los jueces.

6.4. Alemania

Sin duda es de obligado estudio el modelo alemán en cuanto a modelo a seguir en el trato que recibe el Derecho de Familia y su aplicación en los Tribunales. Alemania cuenta con una jurisdicción especializada en Familia (*Familiengericht*), y los abogados que llevan casos de esta materia están habilitados por los Colegios de Abogados (*Fachanwalt für Familienrecht*), acreditación que sirve como garantía al ciudadano de que el abogado que le asiste es experto en la materia⁴².

En primer lugar, existe la figura conocida como el abogado del menor (*Verfahrensbeistand*). Su función viene definida en el artículo 158.4 del Código de Familia Alemán (“FamFG”): “*El abogado del menor deberá constatar el interés del menor y hacerlo valer en el procedimiento judicial. Deberá informar al menor de modo adecuado sobre el objeto, desarrollo y el posible resulta-*

40 Ibídem, pág. 16.

41 Ibídem, pág. 11.

42 WINKELS ARCE, Isabel, “Así funcionan los juzgados de familia alemanes”, *Confilegal*, 11 de julio de 2016, Disponible en: <https://confilegal.com/20160711-asi-funcionan-los-juzgados-familia-alemanes/>. Tal y como indica la autora, debemos tener en cuenta que la legislación alemana en materia de familia es muy diferente a la española, aunque en este punto concreto pueden establecerse ciertas similitudes entre las figuras alemanas y el Coordinador de Parentalidad.

do del procedimiento. Cuando las circunstancias del caso lo exijan podrá el Juez asignar adicionalmente al abogado del menor la tarea de entrevistarse con los padres y otras personas cercanas al menor y de contribuir a una solución de consenso sobre el objeto del procedimiento. El Juez ha de concretar el modo y la amplitud de dicha asignación, que ha de ser fundamentada. El abogado del menor puede interponer recursos en interés del menor. Él no es representante legal del menor". El principal interés en el procedimiento de familia y, por tanto, el objetivo del abogado defensor del menor es proteger su interés (*Kindeswohl*).

El abogado del menor es designado por el Juez en el momento en el que surge cualquier tipo de controversia relativa al régimen de guarda y custodia o ejercicio de la patria potestad. Los servicios sociales realizan un informe de la situación familiar, se mantienen entrevistas tanto con el menor como con su entorno más cercano, y se emite un informe, normalmente en el transcurso de 4 a 6 semanas, con la información extraída de las entrevistas mantenidas. A pesar de que se trata de un informe no vinculante para el Juez, éste tiene muy en cuenta el trabajo del abogado del menor a la hora de dictar sentencia.

En la vista, el *verfahrensbeistand* representa al menor y defiende el contenido del informe, "exhortando a los progenitores a reconsiderar sus posiciones a la luz del interés del defendido"⁴³.

Tal y como defiende WINKELS ARCE⁴⁴, "resultan indudables las ventajas que se obtendrían si introducimos esta figura en nuestro procedimiento: los equipos siguen desarrollando su función de valorar las circunstancias familiares, mientras que el Abogado del Menor defiende en el procedimiento, y antes sus padres, el interés superior de su defendido –en cumplimiento con el contenido del art. 2 de Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, en su nueva redacción introducida por la Ley Orgánica 8/15 de 22 de julio-, haciendo las veces de "ojos y oídos" del Juez en el hogar del niño y en su entorno, y ello en un plazo que no supera el mes y medio, lo que permite una resolución del conflicto –cuya principal víctima es siempre el menor-, en un plazo adecuado". Con algunas diferencias sustanciales, el CoPar tiene la misión de proteger al menor mediante una intervención sistémica que permita a la familia ofrecerle un entorno familiar seguro y lejano al conflicto.

43 Ídem.

44 Ídem.

7. Diferencias entre Coordinación de Parentalidad y otros profesionales

Resulta inevitable tratar de encontrar similitudes y diferencias entre el CoPar y el resto de figuras ya existentes en el ámbito de la resolución de conflictos familiares. En relación con la mediación, si bien es cierto que pueden existir ciertas semejanzas entre las figuras del mediador y el coordinador de parentalidad, por ser figuras incluidas en el amplio paraguas de la resolución alternativa de conflictos, no es correcto asimilarlas completamente, pues existen muchos matices que las diferencian.

Ambas figuras se consideran colaboradoras de los tribunales, pues son “expertos en coparentalidad con gran dificultad relacional”⁴⁵. Asimismo, el objetivo conjunto pasa por proteger el interés del menor y minimizar el impacto de la crisis familiar en los mismos.

A pesar de que algunos profesionales consideran imprescindible una formación en mediación y psicología para poder ejercer como Coordinador de Parentalidad, esta figura tiene ciertas diferencias palpables con el mediador: “Se diferencia netamente del servicio de mediación, que persigue alcanzar un acuerdo poniendo fin al proceso judicial. La finalidad de la CoPar no es tanto que lleguen a un acuerdo como la normalización de las relaciones entre progenitores (u otros parientes), de modo que los hijos no tengan que sufrir las consecuencias de sus desavenencias”⁴⁶. Es decir, el Coordinador pretende la normalización de las relaciones entre progenitores más que el hecho de alcanzar un acuerdo, para evitar que afecte en la medida de lo posible a los menores.

Partimos de la base de que las personas a las que va destinada cada una de las figuras tienen características diferentes, ya que un proceso de mediación puede iniciarse en parejas donde existe conflicto, pero éste no tiene por qué ser catalogado de alta conflictividad.

Con respecto a las diferencias inherentes a cada una de las figuras, las más destacadas son las siguientes:

Confidencialidad: el proceso de mediación es confidencial. La información que llega al Juzgado una vez éste deriva a un proceso de mediación es sim-

45 MURCIANO ÁLVAREZ, Gema, 2015, “Mediador o Coordinador de parentalidad, ¿es lo mismo con diferente nombre?” en *El Coordinador de Parentalidad*, SEPIN, Disponible en: <https://www.sepin.es/biblioteca-online/verEdicion.asp?cde=47&id=27605>

46 Vid. LOGOS MEDIA, 2014, *Servicio de Coordinación de...*, op. cit., pág.3.

plemente si las partes han alcanzado o no acuerdo. En cambio, el CoPar debe enviar información periódica al Juzgado acerca del proceso de intervención, los contenidos del mismo y el seguimiento en el cumplimiento, incluso acudiendo como testigo si fuese llamado.

El CoPar cuenta con una “coercitividad” que no tiene el mediador, así como también facultades para recomendar, aconsejar y proponer, funciones que no le son propias al mediador por su perfil de tercero neutral encargado de dirigir a las partes hacia el acuerdo, pero sin capacidad de sugerir o realizar propuestas, al menos en el modelo de mediación tradicionalmente concebido.

La mediación es voluntaria, mientras que el Coordinador de Parentalidad puede ser impuesto por el Juzgado, con el que se mantendrá en contacto constante, así como con el resto de profesionales (abogados, médicos, profesores o psicólogos), siempre con el objetivo de velar por el interés superior del menor⁴⁷.

La diferencia más importante radica en que el CoPar se designa tras el litigio, en sentencia en fase de ejecución, en la que se determinan sus funciones concretas.

El Coordinador de Parentalidad debe velar por el cumplimiento de la resolución judicial que le nombra como supervisor de la familia, lo cual amplía la tarea encomendada al mediador, cuya labor se limita a la revisión del acuerdo alcanzado entre las partes en el proceso de mediación.

Tampoco puede equipararse este servicio con los Puntos de Encuentro Familiar, que ofrecen un espacio físico para que los menores se comuniquen tanto con sus progenitores como con otros familiares, pero en los que se aprecia “una falta de intervención activa que permita, cuando cesa la intervención de este punto, que la familia pueda cumplir un determinado régimen de visitas o custodia que no genere sufrimiento a los menores, mejorando la calidad de la relación paterno filial”⁴⁸. Ejercen una labor preventiva tratando de que los progenitores dialoguen y recapaciten, que se comuniquen al fin y al cabo en aquellos casos en los que existen dificultades, teniendo como objetivo la normalización familiar. Su principal utilidad es supervisar el régimen de vi-

47 Con respecto a esta cuestión, el magistrado de Primera Instancia Nº 6 de Zaragoza, Ángel Dolado (ahora Justicia de Aragón), manifestó en el I Congreso Internacional de Coordinación de Parentalidad (Barcelona, 2018), que en su trayectoria como Magistrado nunca impuso como obligatoria la medida de someterse a una Coordinación de Parentalidad, ya que era susceptible de ser recurrida en apelación, al no estar configurada legislativamente su obligatoriedad.

48 LOGOS MEDIA, 2014, *Servicio de Coordinación de...*, op. cit., pág.14.

sitas, constatando la entrega pacífica de los hijos; en otros casos, cuando han existido episodios de violencia intrafamiliar, se utilizan para que los progenitores no tengan que establecer contacto en las entregas y recogidas y evitar así las situaciones de riesgo.

Los técnicos de los PEF deben enviar trimestralmente al Juzgado un informe en el que informen del grado de cumplimiento de lo estipulado en la sentencia, para que tomen las medidas necesarias, y en su caso, se finalice el servicio. Sin embargo, los técnicos de los PEF'S carecen de potestad para participar o intervenir activamente con la familia. Así lo recoge, por ejemplo, el Decreto 357/2011, de 21 de junio (regulación catalana sobre Puntos de Encuentro Familiar) en su artículo 3.2; *“El servicio técnico de punto de encuentro no hace funciones especializadas que son competencia de otros servicios de la red, y, en consecuencia, no hace funciones de peritaje, diagnóstico, tratamientos psicoterapéuticos, medicaciones entre las partes, asesoramiento jurídico a las partes u otros de similares características”*.

Por otro lado, en determinadas situaciones, el Juez puede recomendar la necesidad de una terapia a los progenitores. Así, la Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 12.^a, de 26 de junio de 2015 recoge lo siguiente en este sentido: *“siendo imprescindible no sólo que el padre se someta a terapia familiar, sino que los dos progenitores se sometan a fin de facilitar la relación paterno filial con la hija menor”*. Sin embargo, contra esta resolución, una de las partes presentó recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia que estimó en Sentencia de 28 de julio de 2016. La Sala Primera del TSJ reconoce que *“la terapia era una medida oportuna y necesaria, pues el comportamiento de la madre no había facilitado las relaciones con el padre, aunque él tuviera graves dificultades para empatizar con sus hijas, pero no puede imponerse a una persona “recibir, sin su consentimiento, tratamientos terapéuticos de carácter familiar”*. Aclara el Tribunal que los jueces pueden *“exhortar a la realización de esas terapias, así como “valorar la actitud de los progenitores” que no atiendan a sus recomendaciones “para arbitrar las medidas oportunas en relación con los hijos”; pero insiste en que no se trata de una obligación de hacer, sujeta al art. 699 LEC, “como tampoco puede serlo la mediación ex art. 233-6.2 CCCat.”. Y sustituye del fallo de la sentencia recurrida la obligación de sometimiento a terapia familiar por “recomendación”*⁴⁹. Se adjunta como Tabla 5 las diferencias de los roles del

49 STSJ de Cataluña de 28 de julio de 2016, Nº Rec. 157/2015, (Roj: STSJ CAT 6067/2016, Ponente: María Eugenia Alegret Burgués).

Coordinador de parentalidad en relación con la psicoterapia, la mediación familiar y la evaluación pericial forense⁵⁰.

8. Antecedentes y concepto del Coordinador de Parentalidad en España

El Coordinador de Parentalidad es una figura ajena a nuestro ordenamiento jurídico estatal o autonómico, pues ninguna ley “señala ni admite que un profesional distinto del Juez/a intervenga en la resolución de casos conflictivos, donde existan disputas o tensiones, en los que pueda haber perjuicios para los hijos e hijas menores de 18 años”⁵¹. A pesar de su falta de regulación, vemos que su uso va en aumento.

La Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuyo titular es el magistrado Pascual Ortuño Muñoz, fue pionera en la introducción de esta figura. Recientemente, en el mes de octubre de 2018, el Ministerio de Justicia propuso a aquellas Comunidades Autónomas con competencias en materia de familia la puesta en marcha de un programa piloto de CoPar, siguiendo el ejemplo de Cataluña y Aragón, para extenderlo a todo el territorio nacional, ya que varias Comunidades Autónomas “manifestaron su preocupación por la inadecuación de las medidas adoptadas para gestionar el alto volumen de asuntos que ingresan en los juzgados especializados, y la previsión de que la situación de saturación se traslade a las salas de apelación de las Audiencias Provinciales”⁵².

A nivel nacional no existe actualmente una regulación específica y positiva para la ejecución de las sentencias o resoluciones dictadas en los supuestos de incumplimiento por parte de uno de los progenitores, justificándose su de-

⁵⁰ Vid. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C. y CARBONELL, X. 2014, El Coordinador de Parentalidad; nueva figura..., op. cit., pág. 197. Adaptado por Ellis y Boyan (2010) y por D’Abate.

⁵¹ POYATOS I MATAS, Gloria, 2020, *A propósito de la figura del coordinador de parentalidad. Análisis multidisciplinar*, El Derecho-Lefebvre, disponible en: <https://el-derecho.com/a-proposito-de-la-figura-del-coordinador-parental-analisis-multidisciplinar>.

⁵² Vid. “Justicia propone a las comunidades autónomas la creación de la figura del Coordinador de parentalidad para proteger al menor en casos de conflicto entre sus progenitores”, Conferencia Sectorial de Justicia, Ministerio de Justicia, 2018, [en línea], 3 de octubre de 2018.

Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/justicia-propone-comunidades>.

rivación en nutrida jurisprudencia, especialmente promovida por la Sección 12º de Audiencia Provincial de Barcelona, que ha sentado unas bases mínimas para permitir la integración de la figura en nuestro país.

Como base legal para la implantación del CoPar en la legislación estatal, podríamos encontrar su fundamento en la siguiente normativa:

- Artículos 3.1 y 4 de la Convención Universal de los derechos del niño.
- Artículo 6 de la Convención Europea sobre Derechos del Menor de 1996.
- Artículo 39 de la CE.
- Reglamento Europeo 2201/2003.
- Convenio de la Haya de 1980 y 1996.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor de modificación de CC y LEC, que introdujo el art. 158 CC.
- Artículo 17 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- Artículos 211-6. 233-10.4, 233-13. 236-3 y Disposición Adicional Séptima del CCCat.
- Artículos 12.2, 38, 39, 81 y 116.3 de la Ley 14/2010 de 27 de mayo de los derechos y oportunidades de la infancia y adolescencia⁵³.

La implantación de la custodia compartida con carácter preferente, en detrimento de la custodia exclusiva, ha generado cierta preocupación en los operadores jurídicos al no saber qué ocurre ni qué va a ocurrir durante la ejecución de las sentencias. En Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio), en País Vasco o Galicia se está apostando por la figura del Coordinador de Parentalidad, avalada por prestigiosas asociaciones en Derecho de Familia y la Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense.

Como consecuencia de entrada en vigor de la Recomendación 19/2006, diversas leyes nacionales y autonómicas comenzaron a otorgar a los jueces un mayor margen de actuación de oficio en los casos en los que debían tomar medidas para evitar perjuicios a los menores, o bien para obtener una información pormenorizada de la situación familiar que les permitiese tomar las decisiones más adecuadas, siempre sobre la base del superior interés del menor.

53 Si bien como decimos no existe regulación expresa del Coordinador de Parentalidad en España, y hasta la fecha no se ha incluido tampoco en la agenda política, la prioridad de fomentar una coparentalidad positiva movió al Comité de Ministros del Consejo de Europa a elaborar la Recomendación 19/2006, con el objetivo de que *“los Estados reconozcan la importancia de la responsabilidad parental y la necesidad de que los padres tengan suficientes apoyos para cumplir con sus responsabilidades en la educación de sus hijos”*.

A nivel autonómico, se han llevado a cabo concretamente varios proyectos, que serán objeto del presente estudio, en los Juzgados de Primera Instancia de Sabadell (2012)⁵⁴, Islas Baleares (2015), Valencia (2017) o Madrid (2018).

Desde el año 2016 este programa se ha desarrollado también en Castellón, iniciado por la Agrupación para la Atención de Necesidades de Familia y Mayores de la Comunidad Valenciana (ANEFAM), y por la Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Interferencias Parentales (ASEMIP), que ha atendido ya a 40 familias de manera gratuita. En Valencia, se ha iniciado un programa piloto que a fecha actual ha atendido a 10 familias⁵⁵.

Según datos extraídos del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña (2015), cerca de la mitad de las crisis matrimoniales de España se resuelven por vía contenciosa; de éstas, un 10% pueden considerarse altamente conflictivas. La asociación ASEMIP defiende que las crisis matrimoniales en las que existe una alta conflictividad plantean grandes dificultades a los profesionales de la Justicia a la hora de garantizar plenamente el derecho de los menores a crecer en un ambiente familiar libre de disputas, de cara a algunas cuestiones inherentes a la crisis de Familia como son los pagos de pensiones alimenticias, regímenes de visitas, etc, y es en estas situaciones en las que, desde ámbitos relacionados con la Justicia y la Psicología, vieron necesario ir más allá de lo que hasta la fecha se había venido realizando.

Como el modelo de coordinación de parentalidad se ha implementado en diversos tribunales en toda España, “ha habido una cierta variación con respecto a la forma en que el/la CP lleva a cabo su trabajo, su autoridad, la etapa del proceso legal cuando se nombra un/a CP que interviene en el mismo, las diversas funciones del/la CP, sus aptitudes, formación y, finalmente, las buenas prácticas de la figura del/la CP”⁵⁶.

La Comunidad Autónoma pionera en la implantación de la Coordinación ha sido Cataluña. Su base legal se encuentra en el artículo 233-1 del CCCat, que permite a la autoridad judicial supervisar las relaciones de los menores con el progenitor no custodio, así como con su familia cercana, siempre que

54 La experiencia implantada en los Juzgados de Sabadell tuvo un efecto multiplicador, que llevó a firmar un convenio en febrero de 2015 entre la Fundación Filia de Amparo al Menor y el Centro de Mediación en Derecho Privado adscrito a la Conselleria de Justicia de la Generalitat catalana para la designación de los expertos en parentalidad, con lo que la figura se ha ido extendiendo a otros Juzgados.

55 Vid. VÁZQUEZ ORELLANA, N., et. al, 2018, *Manual de coordinación...*, op. cit., pág.13.

56 Véase AFCC, 2013, *Directrices para la Coordinación...*, pág. 4.

considere que existen razones para hacerlo. Se pretende con esta regulación que las visitas se realicen en condiciones de estabilidad emocional y de seguridad para los menores.

También establece con carácter previo, a través del artículo 236-3 CCCat, la posibilidad de remitirlos a mediación, para tratar de que los progenitores limen asperezas o incluso solucionen el conflicto sin necesidad de proseguir el procedimiento judicial: *“La autoridad judicial puede remitir a los cónyuges a una sesión informativa sobre mediación, si considera que, dadas las circunstancias del caso, aún es posible llegar a un acuerdo”*. No es por tanto preceptiva la remisión a este servicio, y dependerá de la observación que cada Juez haga del procedimiento en concreto y de su confianza en este tipo de intervenciones extrajudiciales. Es en el momento en el que la mediación se plantea como insuficiente cuando se recurre al CoPar, como así se establece en varias sentencias⁵⁷.

En primer lugar, como señalan RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ y CARBONELL, son necesarios nuevos estudios que “analicen las variables con capacidad para establecer un punto de corte en relación al nivel de conflictividad asumible y dejar aquellos casos que requieran intervenciones como la coordinación de la parentalidad al ser familias que acostumbran a resolver sus conflictos mediante continuos litigios”⁵⁸.

De lo que no cabe duda es que es muy importante que su marco de actuación sea claro y regulado, puesto que, si se practica sin unos parámetros claros, los resultados del proceso pueden ser confusos, inconsistentes e incluso peligrosos, incumpliendo el respeto a los derechos de los progenitores y el principio de protección del interés superior del menor.

8.1. Aplicación práctica en España

La primera referencia práctica a esta figura en nuestro país tuvo lugar en el

57 SAP Barcelona, Sec. 12.^a, de 31 de marzo de 2016 (Roj: SAP B 2201/2016, ponente: José Pascual Ortuño Muñoz); considera en este caso que también puede facilitar el necesario proceso de pacificación entre los progenitores; SAP Barcelona, Sec. 12.^a, de 26 de enero de 2016 (Roj: SAP B 284/2016); El CoPar tendrá la facultad de proporcionales determinadas pautas para que superen su actitud respecto la coparentalidad necesaria para que el desarrollo de la custodia compartida pueda realizarse en interés del menor, SAP Barcelona, Sec. 18.^a, de 14 de julio de 2015 (SP/SENT/826162).

58 RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C. y CARBONELL, X. 2014, *El Coordinador de Parentalidad; nueva figura...*, op. cit., pág. 8.

mes de noviembre de 2011, cuando la Unión de Asociaciones Familiares y el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad invitaron a la psicóloga Susan Boyan para la presentación de la figura del Coordinador de Parentalidad. Desde ese momento se han llevado a cabo una serie de proyectos piloto en varias localidades que ya comienzan a tener los primeros resultados.

En España, comienza a oírse hablar de esta figura en el año 2000, sin que adquiera excesiva trascendencia. Desde esa fecha, han sido varias las Comunidades Autónomas que han iniciado programas piloto para impulsar su utilización en sede judicial con la colaboración de psicólogos especializados.

En mayo de 2013, el equipo de Logos Media y el Juzgado nº 8 de Sabadell, cuya titular en aquel momento era la Magistrada Doña Carla Paola Arias, firmaron un acuerdo de colaboración para la implementación de la figura en el partido judicial de Sabadell. Otras provincias como Valencia, Alicante o Barcelona, tal y como se ha expuesto anteriormente, también han iniciado programas con notable éxito.

El Magistrado del Juzgado Nº 6 de Zaragoza, D. Ángel Dolado, actual Justicia de Aragón, introdujo de oficio la figura del Coordinador de Parentalidad en varios procedimientos tanto en ejecución de sentencia como en el pleito principal, con gran éxito especialmente en estos últimos⁵⁹. Llegó a utilizar la figura del CoPar en casos de incumplimientos reiterados de régimen de visitas, incluso en conflictos en los que interviene la figura de los abuelos.

El profesional que ha de intervenir ha de contar, para llevar a cabo su labor, con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, con los menores, con los miembros de la familia extensa, profesores y con los médicos, psiquiatras o psicólogos que atienden a los padres o a los hijos. Debe intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación paterno-filial) que entienda adecuada, informando al Juzgado de los acuerdos a los que las partes han llegado con su intervención, o en caso de desacuerdo, haciendo las propuestas oportunas que estime convenientes al Juez de la ejecución para que este adopte la oportuna decisión.

Su intervención ha de ser lógicamente temporal, por lo que cesará en el plazo de tres meses, salvo que el Juez disponga fundadamente alguna prórroga.

Como se ha explicado anteriormente, otro de los Juzgados pioneros en implantar la figura del CoPar en los procedimientos de familia altamente con-

59 Entrevista mantenida con D. Ángel Dolado en el mes de septiembre de 2018.

flictivos ha sido el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sabadell, cuya magistrada titular (actualmente destinada al Juzgado de Primera Instancia Número 8 de Mataró), Doña Carla Paola Arias Burgos, realizó en el año 2012 un programa piloto que continúa aplicándose en la actualidad.

La experiencia en los Juzgados de Sabadell fue gratamente satisfactoria, los excónyuges aprendieron a dialogar de manera serena y lo que es más importante, se redujeron las visitas médicas de los menores afectados, ya que las mismas se encuentran estrechamente vinculadas a una excesiva judicialización de los conflictos. De la prueba piloto llevada a cabo en Sabadell pueden extraerse las siguientes conclusiones: “apreciación de mejoras en la comunicación parental, cese en las denuncias, acuerdos parentales en relación a la pauta de convivencia con los hijos, normalización de las relaciones entre los miembros de la familia y mejora de la convivencia con las nuevas parejas, actitudes colaborativas en la coparentalidad, mejora de la calidad de la relación entre los padres y los hijos, consenso parental en relación a normas básicas, ahorro en costes para la familia y para el sistema judicial”⁶⁰.

Durante tres meses, susceptibles de prórroga, la familia convivía con el apoyo del Coordinador de Parentalidad, quien transcurrido ese tiempo emitía un informe al Juez para informar sobre el estado de las relaciones familiares.

Con respecto al gasto, si ambos progenitores están de acuerdo, se incluye como concepto en gastos extraordinarios, por lo que será abonado por ambos en el porcentaje que consideren. Dado que ha adquirido la consideración de experto pericial, los gastos deberán ser asumidos por mitades “en la forma dispuesta por el art. 241 y siguientes de la LEC y si elección consensuada o impuesta a través de la insaculación de los listados oportunos”⁶¹.

En Madrid existe en la actualidad un programa piloto desarrollado en los Juzgados nº 24 y nº 66 que comenzó su andadura en el mes de septiembre de 2018. Los magistrados titulares de estos Juzgados son Don Juan Pablo González del Pozo y Doña Virginia Villanueva.

El programa piloto, que fue presentado por la Asociación de Protección al Menor (APROME) y asumido por la Dirección General de Familia e Infancia

60 Vid. LOGOS MEDIA, 2014, *Programa de Coordinación...*, op. cit., pág. 25.

61 Vid. VÁZQUEZ ORELLANA, N. et al, 2018, *Manual de Coordinación de...*, op. cit. pág. 19. Por su parte, la magistrada Carla Paola Arias señala lo siguiente: “Las características del servicio en particular serán las que en definitiva se decidan por aquellos a quienes correspondan, pero deben partir de la consideración del mismo como servicio público, gratuito y obligatorio, pues la necesidad de su establecimiento parte de la existencia de un riesgo objetivado para el bienestar del menor”.

del Ayuntamiento de Madrid, tiene una duración prevista de tres años, periodo tras el cual se extenderá por todos los Juzgados de Familia de Madrid, así como en los Juzgados de Violencia de Género.

El proyecto incluye los siguientes servicios:

- Servicio de Punto de Encuentro Familiar
- Servicio de Orientación Psicológica
- Servicio de Intervención Grupal para la prevención, formación y ejercicio de la parentalidad positiva para familias en situación de ruptura.
- Servicio de Coordinación de Parentalidad, cuyo objetivo es el cumplimiento de las resoluciones judiciales, así como la colaboración en la redacción de planes de parentalidad y ayuda orientativa a los padres para el ejercicio de la parentalidad positiva.

A nivel nacional, el Ministerio de Justicia lidera desde el mes de octubre de 2018 un programa de CoPar que actualmente se desarrolla en tres Juzgados de Primera Instancia especializados en materia de Familia: Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Badajoz, Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Murcia y Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Cartagena. El objetivo del Ministerio de Justicia es proponer la difusión de la figura en todas las Comunidades Autónomas con competencias en Justicia, impulsando así su desarrollo e instaurando la CoPar como profesión especializada.

La designación⁶², a falta de acuerdo entre los progenitores, podrá recaer en un profesional de las listas proporcionadas por los Colegios Profesionales de Psicología, Trabajo Social, Abogados, especialistas en Parentalidad ex artículo 341 LEC, y los gastos de su actuación, configurado como gasto extraordinario necesario, se abonará a partes iguales, conforme al artículo 241 y ss. LEC.

Con respecto al momento procesal en el que se debe realizar el nombramiento, se califica como idóneo el momento de la ejecución de sentencia, ya que un indicador necesario para su implantación es que se aprecien indicios de alta conflictividad, lo cual resulta complicado en las primeras fases del procedimiento de separación, lo cual no quiere decir que no pueda plantearse en otras fases, por ejemplo, en la sentencia que pone fin al procedimiento declarativo final como solución preventiva. La derivación judicial define las

62 Siguiendo las directrices de la AFCC, el Copar podrá ejercer su función por acuerdo alcanzado entre los progenitores y/o por resolución judicial, debiendo concretarse y definirse en la resolución que determina su nombramiento, con claridad y precisión, su ámbito de autoridad, así como sus responsabilidades.

funciones y obligaciones del CoPar, identifica los temas a tratar con la familia y motiva a las madres y padres para colaborar.

Se recomienda realizar una primera sesión orientativa, tal y como ocurre en la mediación, a la que deben comparecer ambos progenitores para asegurar que se les da la misma información, explicándoles el objetivo de la misma, pero sin entrar en materia. Se trata de una primera sesión informativa que da paso a una segunda sesión “en la que se va a ir manifestando los sentimientos, las realidades de cada parte que ellos sienten y que han servido para ir construyendo las dificultades que les han llevado hasta la situación actual”⁶³.

Sin embargo, si existe un historial de violencia, lo más oportuno será hacer la primera sesión separada. En Madrid, si bien se trata de una derivación judicial, se accede al servicio por medio del Departamento de infancia y familia del Ayuntamiento de Madrid.

El tiempo durante el cual realiza su tarea el CoPar, y dependiendo de cada caso concreto, deberá ser prefijado en el mandato judicial. Los profesionales que intervienen recomiendan un tiempo mínimo de tres meses; sin embargo, en Estados Unidos (dependiendo de la complejidad del asunto en el que vaya a intervenir el CoPar), los Tribunales la limitan a periodos de uno o dos años⁶⁴. En España, se plantea una duración que no debería ser inferior a un año⁶⁵. El tiempo determinado para cada procedimiento dependerá de la alta conflictividad que los operadores jurídicos observen en cada caso concreto, por lo que esta decisión queda en parte al arbitrio de la autoridad judicial y resulta imposible establecer un periodo de duración igual para todos los procedimientos. Lo que sí es cierto es que un periodo de tres meses puede resultar insuficiente para obtener resultados fiables y duraderos o para poder observar progresos reales en la familia.

63 BUJALANCE, Isabel, 2019, “El tiempo en la Coordinación de Parentalidad”, *Revista de Mediación*, Disponible en: <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2019/07/Revista23-e7.pdf>

64 CARTER D.K, 2011, *Parenting Coordination: The Integrated Model*, Springer Publishing Company, Nueva York.

65 El trabajo en el que se enmarcan estas cuestiones (FARIÑA RIVERA, F. et al., 2016, *El Coordinador de Parentalidad, un análisis de las resoluciones...* op. cit., pág. 1.), se realizó tomando las resoluciones judiciales en las que se había introducido la figura del CoPar, por lo que el tamaño de la muestra es reducido y adolece de falta de generalización a toda la tarea judicial. Sin embargo, es verdaderamente ilustrativa para ver cómo los Tribunales han comenzado a introducir la figura y la motivación legal que ésta tiene, dando cumplimiento al artículo 24 CE.

Otra cuestión importante es quién asume los gastos derivados de la contratación de este servicio. Para poder plantear esta cuestión, primero es necesario concretar el modo de trabajo del Coordinador de Parentalidad. Una vez se realiza la derivación desde el Juzgado, se plantean dos posibilidades: que se derive a un profesional externo, que pertenece a una bolsa de profesionales acreditados dependiente de los Colegios Profesionales, o que se configure como un servicio ofrecido por el propio Juzgado, que en ese caso deberá derivar a los equipos que se formen en cada uno de ellos, lo cual, a día de hoy, parece cuanto menos utópico, pues las posibilidades de implantación en todos los Juzgados de Familia del territorio español de manera homogénea es imposible debido a la falta de medios (recordemos que hay provincias que ni siquiera cuentan con Juzgados especializados). En este contexto, que debería ser factible debido a la semejanza existente con otros profesionales de los Juzgados como son los equipos Psicosociales, la asunción de los gastos derivados del uso de esta figura correría a cargo de la Administración Pública, ya que los Coordinadores de Parentalidad serían integrados en el organigrama judicial.

Si se plantea como un servicio externo al que derivan desde los Juzgados, al tener carácter de perito experto, los gastos que su actuación comporten deberán ser satisfechos por las partes⁶⁶, de acuerdo con los artículos 241 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se plantea la posibilidad de que la figura sea incluida entre los profesionales designados mediante Turno de Oficio, del mismo modo que trabajan abogados, procuradores y peritos judiciales.

Por otro lado, la connivencia de esta figura con los equipos psicosociales es posible y necesaria. La derivación a Coordinación de Parentalidad se realizará en aquellos casos en los que el Juzgado aprecie una alta conflictividad que necesita un tratamiento especial y continuado, continuando los equipos psicosociales asumiendo las funciones que hasta la fecha han venido realizando. Para ello se debe dotar de herramientas a los progenitores, darles alternativas y probarlas para encontrar el modo que mejor funcione para cada familia concreta, replanteando el método en caso de que éste no funciones.

Los jueces han apoyado de manera contundente la figura del CoPar porque son conscientes de que los conflictos que deben dirimir tras la separación o

66 Según el Auto de la AP de Málaga 1261/2016, Sección 5ª, de 31 de enero de 2017, (Ponente: José Luis Utrera Gutiérrez), los gastos serán asumidos al 50 % por ambas partes.

divorcio están ligados a discordancias que en el mayor número de casos carecen de base legal.

No está exento de críticas, como todas las novedades que se pretenden implantar, ya que al no ser una figura regulada existen suspicacias sobre cómo se podrá llevar a cabo la ejecución de la sentencia sobre una realidad que no está legislada. Por otro lado, existen diferentes visiones de qué carácter debe darse a esta figura, como hemos podido comprobar anteriormente.

La propuesta de la Coordinación de Parentalidad tiene muchos aspectos positivos, pero también puntos negativos, pues todavía se considera necesario explorar las razones por las cuales puede ser un mecanismo útil en las familias separadas y crónicamente litigantes.

8.2. La coordinación de parentalidad en los Centros de Apoyo a las Familias y Puntos de Encuentro Familiar

Los llamados CAF (también denominados Centros de Apoyo y Encuentro familiar) son dispositivos municipales de carácter público que ofrecen servicios especializados dirigidos a las familias con el objetivo de ayudarles a afrontar las situaciones de dificultad y conflicto a las que se enfrentan a lo largo de la vida, y que en ocasiones necesitan apoyo profesional; para ellos, cuentan con equipos multidisciplinares conformados por psicólogos, abogados, mediadores, trabajadores sociales, todos ellos especializados en intervención familiar.

Como ya se ha comentado, el Punto de Encuentro Familiar se concibe como un espacio confidencial, neutral y seguro para los usuarios, utilizado en los supuestos de separación o divorcio conflictivo, donde pueden realizarse las entregas y recogidas de menores, visitas en el centro sin supervisión o con la supervisión de un profesional. Tienen un carácter normalizador de aquellas relaciones familiares que no pueden ser llevadas a cabo a través de los cauces habituales (régimen de visitas en los domicilios de los progenitores, por ejemplo).

Los CAF ofrecen principalmente servicios de orientación social y derivación a programas, si procede. Entre sus funciones están:

Asesoramiento jurídico en materia de familia; información sobre el proceso judicial de separación y divorcio y las medidas tomadas en el mismo

Atención psicológica y familiar: acompañamiento a familias en casos de ruptura de pareja, divorcio, relaciones entre padres e hijos.

Atención y prevención de relaciones familiares violentas.

Mediación familiar; apoyo profesional para afrontar situaciones de conflicto

Espacio de relación para familias con hijos de 0 a 3 años; grupos de padres y madres que, a través del juego, trabajan la vinculación afectiva, el intercambio de experiencias y la creación de redes entre familias. Formación a familias, con actividades grupales de reflexión y formación ofrecida por profesionales.

Participación comunitaria; promoción de la participación de las familias en actividades comunitarias y colaboración del CAF en éstas.

Bancos de Tiempo: redes de ayuda mutua entre ciudadanos mediante el intercambio de servicios⁶⁷.

En los CAF se ha implantado, a través de una experiencia piloto, la Coordinación de Parentalidad en la Comunidad de Madrid, dependiente de la Dirección General de la Familia y el Menor, que tiene como funciones el impulso de políticas de protección al menor y a la familia y la elaboración de propuestas de actuación en materia de familia.

En algunas ocasiones, un procedimiento de conflicto familiar se puede reconducir a través de la mediación, también ofrecida por estos centros. Es el mediador el que valora si puede llegarse a acuerdos tras diez sesiones que se llevan a cabo en tres meses. Posteriormente, realizan un seguimiento para comprobar si estos acuerdos se han cumplido. Cuando la situación se torna de imposible solución, es cuando entra en acción el Coordinador de Parentalidad en estos centros⁶⁸.

9. La necesidad de una formación específica en Coordinación de Parentalidad

Ha quedado acreditado, a través del análisis realizado, que el actual contexto contemporáneo se caracteriza una necesidad de profesionales formados y especializados que resuelvan conflictos entre las partes por medio del diálogo y utilizando técnicas comunicativas y emocionales avanzadas. El Coordina-

⁶⁷ Información extraída del folleto informativo ofrecido en los Centros Municipales de Madrid por el Ayuntamiento de Madrid (M-14475-2018).

⁶⁸ Así lo expuso Dña. Milagros León Martín, Subdirectora General de Familia de la Dirección general de la Familia y el Menor, en la jornada sobre Coordinación de Parentalidad celebrada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid el 23 de enero de 2019.

dor de Parentalidad, muy alineado en este sentido con el mediador, debe estudiar el conflicto y el acuerdo; debe también conocer las teorías que explican estos conceptos, las técnicas de resolución de conflictos y las condiciones en las que se encuentran las partes. La multidisciplinariedad y la interdisciplinariedad son características que le singularizan.

E igual que ocurre con la mediación, la Coordinación de Parentalidad, por su carácter multidisciplinar se nutre de conceptos de las Ciencias Sociales, sin embargo, se exigen unos conocimientos centrados en su cometido concreto.

El auge a nivel autonómico de esta figura ha ido cristalizando en un interés creciente por la formación en coordinación de parentalidad. La demanda de profesionales que resuelvan conflictos entre las partes a través del diálogo y el entendimiento de las mismas, mediante el uso de técnicas negociadoras especializadas, está en aumento, entendiéndose en todos los contextos. pero más especialmente en el ámbito del Derecho de Familia, por la carga emocional y psicológica que llevan consigo estos conflictos.

Por todo ello, es necesario promover una formación específica de calidad, dirigida a las personas que trabajen en el ámbito de la Coordinación de Parentalidad, con contenidos teóricos y prácticos y una metodología común (que permita implementar servicios de rigor y calidad profesional excelente), conforme a las exigencias de la práctica profesional y a las distintas disposiciones y recomendaciones legislativas. Comienzan a surgir estudios en determinadas universidades privadas, así como cursos especializados, en los que se inscriben alumnos que provienen de titulaciones de la rama del derecho, trabajo social, o psicología, principalmente.

Sería interesante unificar los criterios comunes en un programa de formación en coordinación de parentalidad, por parte de las autoridades profesionales y del ámbito académico, que tienen la función social de garantizar la adecuada formación de los profesionales o titulados universitarios.

La profesionalización de los Coordinadores de Parentalidad es una cuestión que hasta la fecha no se ha concretado en modo alguno. Desde mi punto de vista, la CoPar debe configurarse como una profesión con una clara tendencia hacia la interdisciplinariedad, con especial protagonismo de los profesionales del Derecho, pero con notable y destacable importancia a las ramas del Trabajo Social, Educación Social y de la Psicología.

La formación del Coordinador de Parentalidad no es una cuestión baladí; este profesional tiene en sus manos el devenir de una familia que no ha sabido afrontar la crisis derivada de la separación, encontrándose por tanto ante una

serie de conflictos emocionales latentes muy intensos. Por ello, el primer objetivo a alcanzar es la homogeneización, tanto de la formación que debe recibir como de los criterios para su inclusión en bolsas de trabajo, normalmente pertenecientes a Colegios profesionales.

En conclusión, no importa tanto la carrera universitaria de la cual proceda, sino la experiencia prolongada y acreditada con familias en conflicto, más una formación complementaria en los contenidos específicos de la CoPar. Por tanto, un amplio espectro de profesionales podría ejercer las funciones de CoPar siempre y cuando cumpla unos requisitos concretos.

El perfil del CoPar integra una serie de conocimientos con los que, de base, cuentan los psicoterapeutas, abogados, asistentes sociales o mediadores. Aunque la profesión de origen del Coordinador puede ser cualesquiera de las mencionadas, es relevante que las personas que ocupan ese rol tengan formación específica tanto en parentalidad como en habilidades de comunicación y gestión de conflictos, además de contar con un mínimo de conocimientos jurídicos, en particular sobre Derecho de Familia. El modelo integral de actuación recomienda la incorporación de formación y experiencia profesional en las áreas de salud mental, mediación, educación y conocimientos jurídicos en Derecho de Familia, así como en psicología infantil y juvenil y tratamiento de la violencia de género⁶⁹.

La AFCC habla, *grosso modo*, de profesionales del ámbito jurídico y de la salud mental. De hecho, recoge como oportunas “habilidades clínicas para evaluar las necesidades y el estado mental, habilidades interpersonales para desarrollar una relación tanto con los padres como con los hijos, habilidades de comunicación para transmitir información a los participantes, a otras personas relacionadas y al tribunal, estrategias de resolución de conflictos y habilidades de desescalada para mediar en conflictos y discusiones, conocimiento del desarrollo infantil y adolescente a fin de evaluar comportamientos apropiados para la edad, la capacidad de ejecutar un enfoque centrado en el hijo, experiencia trabajando con familias, niños y adolescentes”⁷⁰. Incluiría conocimientos en maltrato infantil y violencia de género y sobre interferen-

69 Vid. CARTER, Debra K., 2011, *Parenting Coordination; a practical guide...*, op.cit., pág.61.

70 Véase VÁZQUEZ ORELLANA, N., et al, 2019, *Manual de Coordinación...*, pág. 82. Incluso se habla de una serie de aptitudes y rasgos de la personalidad para poder ejercer ese rol, que casarían con el concepto de habilidades emocionales, como son la empatía, la compostura, la escucha activa o la capacidad de toma de decisiones.

cias parentales, ya que muchos de los problemas crónicos familiares derivan de situaciones relacionadas con este último punto.

La AFCC⁷¹ considera que para poder ejercer como CoPar a nivel profesional deben ser expertos en el área psicosocial y legal con conocimientos en las siguientes áreas:

- Aspectos legales y psicológicos de las crisis conyugales
- Funcionamiento y dinámicas familiares.
- Conocimiento en el área de la psicología infantil y juvenil.
- Violencia intrafamiliar, violencia de género e infantil.
- Conocimiento de las interferencias parentales.
- Herramientas y experiencia en mediación familiar/ psicoterapia.

Realizar actividades de formación continua, especialmente en coordinación de parentalidad.

En el caso del Coordinador de Parentalidad, la intervención se centra en el bienestar de los menores, mientras que el mediador se enfoca en el proceso y el terapeuta en el pre y post-divorcio. El CoPar se centra en la aplicación del Plan de Parentalidad, y si bien recoge su participación voluntaria, es una medida coercitiva impuesta en sentencia cuyo incumplimiento puede generar consecuencias. En la Tabla 6 pueden apreciarse los requisitos y obligaciones de los distintos profesionales (Coordinador de Parentalidad, mediador, terapeuta familiar, perito psicólogo y terapeuta de familias tuteladas)⁷²

Como podemos comprobar, todos los operadores que trabajan con familias tienen la obligación de contar con competencias en mediación y aspectos legales, debiendo además adquirir una posición neutral ante el caso.

El 17 de mayo de 2019 se celebró en La Laguna (Tenerife) el I Fórum de Expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la gestión de la alta conflictividad familiar, Promovido por GEMME y por la Confederación Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC).

⁷¹ AFCC, 2014, *Directrices para la Coordinación...*, op. cit., pág.5.

⁷² “El COPC apuesta por implementar la coordinación...”, 2016, op. cit.

EPÍLOGO

Los cambios en el Derecho de Familia son tan rápidos que cualquier estudio acerca de esta materia corre el riesgo de quedarse obsoleto muy rápidamente. En las últimas décadas se ha disparado el número de crisis matrimoniales, siendo más numeroso el número de familias que viven separadas que el de familias unidas, llamadas también intactas, término con el que me muestro un tanto disconforme dada la connotación negativa que conlleva. Esto implica una necesidad de mayor regulación de la normativa del Derecho de Familia, del mismo modo que se exige una mayor especialización y calidad, debiendo tenerse en cuenta todos estos cambios mencionados.

Todas las nuevas situaciones enumeradas en este trabajo exigen una técnica jurídica renovada que se adecue a una sociedad que se presenta como distinta y variable y que brinda multitud de modelos de familia más allá de la familia nuclear tradicional.

No cabe ninguna duda que existe actualmente en España una excesiva judicialización del conflicto en general y del conflicto familiar en particular, propiciada por una cultura poco negociadora que entiende la Justicia, en su vertiente de acceso a los tribunales, como primer recurso al que acudir para dirimir sus controversias, a lo que se suma una evidente falta de medios técnicos y humanos en la Administración de Justicia, que conlleva meses de retraso en la sustanciación de los procedimientos relativos al Derecho de Familia, con los problemas que esta situación acarrea para los intervinientes en el procedimiento (sin olvidar el coste económico que todo ello supone). Esto se ha visto acuciado por la terrible crisis sanitaria vivida desde marzo de 2020. Lejos de mejorar con las medidas que se han tomado, parece que el tapón crece y crece, sin visos de mejorar.

Por ello, es fundamental que todos los operadores jurídicos trabajemos juntos por fomentar la cultura de la resolución extrajudicial de conflictos, y si nos encontramos inmersos en el procedimiento judicial, que existan figuras que tengan como objetivo reconducir las situaciones familiares, especialmente las de alta conflictividad, hacia una solución extrajudicial y con visos de perdurar en el tiempo, para evitar así futuros procedimientos judiciales. Las partes deben aprender a gestionar por sí mismas sus conflictos, sin necesidad de acudir a un tercero que les dé la solución, y si lo necesitan acudiendo a terceros que les ayuden a gestionar estas situaciones de forma adecuada, pero por ellas mismas.

Surge y coexiste con la jurisdicción el uso de métodos adecuados de resolución de conflictos frente al proceso judicial, especialmente en el ámbito familiar para (i) desescalar el conflicto, (ii) desatascar la administración de justicia; (iii) proteger el mejor interés del menor evitando involucrarle en un procedimiento judicial inadecuado. Sin embargo, debemos ser conscientes de una realidad y alejarnos de la utopía; no todos los conflictos pueden salvarse a través de la mediación o la negociación extrajudicial. Es más, ciertas relaciones jamás podrán ser encauzadas, a pesar de los esfuerzos de los profesionales que intervengan en la negociación al considerarse cronificadas. Pero si un gran porcentaje de las crisis familiares en situación de conflicto puede ser encauzado gracias a la utilización de una metodología adecuada, es más que necesario intentarlo.

Se presentan tres necesidades básicas; (i) es totalmente necesaria una coordinación y comunicación entre los diferentes operadores jurídicos en materia de Familia; todos pretendemos llegar al mismo objetivo, que pasa por la normalización de las relaciones familiares y la evitación de la judicialización contenciosa del conflicto familiar, lo cual repercute de manera directa en la desjudicialización del conflicto y por tanto en un menor volumen de procedimientos “eternos” que llegan al Juzgado. (ii) El acceso a los Tribunales, si bien en ningún caso debe desaparecer como vía de resolución del conflicto familiar, pues estaríamos cercenando así el derecho de acceso a los tribunales reconocido en la Constitución Española, tampoco debería ser la primera opción del ciudadano, en todo caso sin haber agotado el resto de vías que el estado y los profesionales jurídicos ponen a su disposición. En la cultura eminentemente adversarial en la que siempre hemos vivido resulta complicado un cambio radical de mentalidad, a todas luces necesario. Y muchas veces somos los propios operadores jurídicos los que rehusamos su utilización por miedo, desconocimiento o desidia. Crítica velada, con todos mis respetos, a muchos compañeros que desconfían de la implantación de estos métodos en la práctica diaria. (iii) Es absolutamente necesario reivindicar la creación de la especialización del Derecho de Familia, desde los tribunales hasta los operadores jurídicos que intervienen en el proceso. Salvo contadas excepciones en determinadas Comunidades Autónomas, los pleitos de familia se dirimen por juzgados de Primera Instancia sin conocimiento específico sobre la materia; del mismo modo, a los operadores jurídicos intervinientes no se les exige ningún conocimiento o experiencia previa en derecho de familia, como sí ocurre en otros países vecinos. La solución pasa, además de por la formación

específica y de calidad, por la creación de un código de familia aplicable a todo el territorio español, como ya han hecho algunas comunidades autónomas como Cataluña o Aragón.

Necesitamos, junto con estos cambios legislativos, un cambio de mentalidad que lleve a la sociedad a considerar como primera solución la vía alternativa de resolución de conflictos de familia, y no simplemente como la vía última e impuesta por el juzgado. Esto requiere de una importante educación de la ciudadanía, así como de un apoyo convencido por parte de las instituciones, que sin duda se daría si fuésemos capaces de vislumbrar a largo plazo el enorme ahorro de recursos que tendría lugar si determinados conflictos se pudiesen solucionar a través de vías de resolución extrajudicial de conflictos. Y por supuesto, pasa por un viraje en la manera de trabajar de abogados y jueces, yendo de la mano y con un mayor grado de comunicación entre ambos sectores.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Ángel, 2013, *Derecho de Familia*, Madrid, Ed. Dykinson.
- ACUÑA SANMARTÍN, Marcela, 2013, “El principio de corresponsabilidad parental”, [en línea], *Revista de Derecho*, año 20, nº2, Universidad Católica del Norte, Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S071897532013000200002&script=sci_arttext
- *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Dykinson, Madrid, 2015.
- AGUADO RENERO, César, 2012, “Familia, Matrimonio y Constitución Española”, Cap.1, en *Derecho de Familia*, (Coord. DIEZ PICAZO, Gema), 1ª Ed., Navarra, Thomson Reuters.
- ÁGUEDA RODRÍGUEZ, Ricardo Miguel, 2018, *La guarda y Custodia compartida y el interés Superior del menor*, Madrid, HISPALLEX Editorial (2º Ed.).
- ALLUEVA AZNAR, Laura, 2013, “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, [en línea], *Revista Indret*, Barcelona, pág.3. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/952_es.pdf
- ANDRÉS JOVEN, Joaquín María, 2010, *Conclusiones auxiliares en el ámbito de Familia* (Madrid, 17, 18 y 19 de febrero de 2010), [en línea], SEPIN, Disponible en: <https://docplayer.es/5220175-Conclusiones-del-seminario-sobre-instrumentos-auxiliares-en-el-ambito-del-derecho-de-familia.html>
- “¿Qué contenido mínimo debería de incorporar el plan de parentalidad, o plan contradictorio, sobre la forma y ejercicio de la guarda y custodia?”, [en línea], en *Los planes de Parentalidad en el CCCat*, SEPIN, Disponible en: <https://www.sepin.es/biblioteca-online/verEdicion.asp?cde=47&id=41061>, 2017.
 - “La evolución del Derecho de Familia en los últimos 25 años”, en *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez- Eznarriaga*, Madrid, AEAFA, 2017.
- ANGUITA VILLANUEVA, Luis A., 2009, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, en RAMS ALBESA, Joaquín, (Coord.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Dykinson, Madrid.
- ANTÓN JUAREZ, Isabel, 2019, “Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: El test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles”, [en línea], *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, Vol. 11, Nº 1, Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4615>
- APARICIO CAROL, Ignacio, 2018, “Análisis práctico de la pensión alimenticia de los hijos en el actual Código Civil español: Posibles soluciones para los pleitos de familia”, [en línea], *Universidad Complutense de Madrid*, (tesis doctoral), Disponible en: <https://eprints.ucm.es/48049/1/T40030.pdf>

- ARRANZ FREIJO, Enrique, 2016, “Los efectos negativos de un conflicto familiar destructivo en los hijos son reversibles”, [en línea], *Uda Ikastoak*, cursos de verano de 21 de julio de 2016, Disponible en: <https://www.uik.eus/es/node/830/pdf>
- AVILÉS NAVARRO, María, 2017, Mediación y Resolución de Conflictos; Técnicas y ámbitos, en *La mediación en los conflictos contencioso-administrativo*, Editorial Tecnos, 3^o Edición.
- BALLARIN, Silvana, MINNICELI, Mercedes, 2016, *Coordinación de Parentalidad y Puntos de Encuentro Familiar: Nuevas herramientas de eficacia y pacificación del proceso de familia*, Buenos Aires, Thomson Reuters.
- BARONA VILAR, Silvia, “Solución extrajurisdiccional de conflictos en el ámbito empresarial: negociación, mediación y arbitraje”, en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (Dir.), 2010, *Mediación: un método de? conflicto*, Madrid, Collex.
- BERNAL MARTÍNEZ DE SORIA, Aurora, SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Yolanda, 2013, “Parentalidad positiva o ser padres y madres en la educación familiar”, [en línea], *Estudios sobre educación*, Vol. 25, Disponible en: goo.gl/j6NNQ3
- BLANCO CARRASCO, Marta, 2008, “Los Puntos de Encuentro Familiar y el derecho de los menores a mantener la relación con sus progenitores”, UCM, *Cuadernos de Trabajo Social*, Volumen 21, Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/view/CUTSo808110027A>,
- BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, 1998, “Conflicto familiar y ruptura matrimonial. Aspectos psicolegales”, en MARRERO GÓMEZ, Juan Luis, (Comp.) *Psicología Jurídica de la familia*, Madrid, Fundación Universidad Empresa, Retos jurídicos en las Ciencias Sociales, pág.7, Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/rupturas.pdf>
- BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, 2000, *Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de separación y divorcio. Diseño y aplicación de un Programa Piloto de Mediación Familiar*, [en línea], Barcelona (Tesis Doctoral), Disponible en: <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/4733/ibc1de2.pdf?sequence=1>
- “Mediación en Contextos Judiciales”, en POYATOS GARCÍA, Ana (coord.), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, [en línea], Publicaciones de la Universidad de Valencia, Nau Llibres, Valencia, 2003
 - “Cuando el divorcio conyugal supone un divorcio paterno-filial; del juzgado a la mediación”, *Trabajo Social Hoy*, 2005.
 - *Hijos alienados y padres alienados; Mediación familiar en rupturas conflictivas*, Madrid, Reus, Disponible en: http://scholar.google.es/scholar_url?url=https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/mediaci%2

- 5C3%25B3nencontextosjudiciales.pdf&hl=es&sa=X&scisig=AAGBfm2nKDCy2FEPca_ZYwpmigrA-9-Vg&nossl=1&oi=scholar, 2008.
- BRIZ CLARIGET, María José, 2018, “Mediación y Síndrome de Alienación Parental”, Madrid, *Revista de Mediación*, 11, 2º E.8 Disponible en: <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2018/07/Revista22-e4.pdf>
- BUJALANCE, Isabel, 2019, “El tiempo en la Coordinación de Parentalidad”, *Revista de Mediación*, Disponible en: <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2019/07/Revista23-e7.pdf>
- CALVO SOLER, Raúl, 2017, *Donde la Justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña*, Gedisa, Barcelona.
- CANTÓN DUARTE, José, CORTÉS ARBOLEDA, María del Rosario, JUSTICIA PAZ, María Dolores, 2002, “Las consecuencias del divorcio en los hijos”, [en línea], *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Granada, VOL 2, nº 3, Disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art16.pdf>
- CANTURIENSE SANTOS, Ana, 2013, “El interés superior del menor en la guarda y custodia en el Derecho de Familia catalán,” *SEPIN*, Disponible en <https://blog.sepin.es/2013/11/el-interes-superior-del-menor-en-la-guarda-y-custodia-en-el-derecho-de-familia-catalan/>
- “¿Son los planes de parentalidad la solución para el ejercicio responsable de la custodia de los menores?”, [en línea], *SEPIN*, Disponible en <https://blog.sepin.es/2017/09/planes-parentalidad-custodia-menores/>, 2017.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, 2007, *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, 1ª Edición, Madrid, Editorial Iustel.
- CARRASCO PERERA, Ángel, 2006, *Derecho de familia: Casos. Reglas. Argumentos*, Dilex, Madrid, 13ª Ed.
- CARRETERO MORALES, Emiliano, 2016, *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid.
- CARTER, Debra K., 2011, *Parenting Coordination; a practical guide for family law*, Springer Publishing Company, Nueva York.
- CASTRO MARTIN, Teresa, SEIZ PUYUELO, Marta, 2014, “La transformación de las familias de España desde una perspectiva sociodemográfica”, *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, Disponible en: https://www.foesa2014.es/informe/uploaded/documentos_trabajo/13112014045006_7884.pdf
- CHIASSONI, Pierugli, 2013, *El análisis económico del Derecho* (Traducc. MORALES LUNA, Félix), Lima.
- CAPDEVILLA, Connie, 2016, “La coordinación de coparentalidad. Una intervención especializada para familias en situación de alta conflictividad”, [en línea], *Anuario de Psicología*, Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/Anuariopsicologia/article/viewFile/17422/20208>

- CORTINA TRILLA, Clara, CABRÉ PLÁ, Anna, 2010, “Las uniones homosexuales en España. Una caracterización sociodemográfica a partir del censo de 2001”, [en línea], *Papers* 95/3, Disponible en: <https://www.sis.net/documentos/ficha/189265.pdf>
- CRUZ GALLARDO, Bernardo, 2012, *Guarda y Custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid.
- CUENCA ALCAINE, Begoña, 2010, “El marco jurídico de las uniones de hecho en España”, [en línea], *Noticias Jurídicas Madrid*, Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4584-el-marco-juridico-de-las-uniones-de-hecho-en-espana/>
- CULEBRAS LLANA, Irene, 2017, *Las uniones no matrimoniales en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Editorial SEPIN.
- DÁVILA RODRÍGUEZ, María Dolores; SOTO ESTEBAN, Raúl, 2015, “El Coordinador de Parentalidad, una propuesta desde dentro”, [en línea], *Revista Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 15.
- DE TORRES PEREA, José Manuel, 2011, “Joint Custody: An Alternative Required by the New Social Reality”, [en línea], *InDret Law Journal*, Vol.4, Barcelona, Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1954564>
- DEUTSCH, R.M., COATES, C.A., y FIELDSTONE, L.B., 2008, “Parenting Coordination: An emerging role to assist high conflict families”, en L. B. FIELDSTONE & C. A. COATES (EDS.), *Innovations in interventions with high conflict families*, Madison, WI: Association of Family & Conciliation Courts.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE LEÓN, Luis, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, 2018, *Sistemas de Derecho Civil*, Volumen IV, Ed.12ª, Tecnos, Madrid.
- ESCUADERO NAFS, Antonio, AGUILAR REDORTA, Lola, DE LA CRUZ, Julia, 2008, “La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): Terapia de la amenaza”, [en línea], *Revista de la Asociación Española de Neuropsíquica*, vol. XXVIII, n.º 102, Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v28n2/v28n2a04.pdf>
- ESPINAR FELLMAN, Isabel, 2009, “Las rupturas familiares en la salud mental de los y las adolescentes”, [en línea], *Revista Estudios de Juventud*, nº 84, Universidad Pontificia de Comillas, Disponible en: www.injuve.es/sites/default/files/RJ84-04.pdf
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta, “El déficit de la natalidad en Europa; la singularidad del caso español”, *Colección Estudios Sociales*, número 36, Disponible en: <http://backend.demografia.ieg.csic.es/upload/files/cv/pdf/publication/a6139b8ce764004722637a4d3e1c5e5e.pdf>
- FARIÑA RIVERA, Francisca, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, 2006, “El papel del Psicólogo en casos de separación o divorcio, Psicología Forense”, en J.C SIERRA, E.M JIMENEZ y G. VUELA-CASAL, *Manual de técnicas y aplicaciones*,

- [en línea], Madrid, Biblioteca Nueva, Disponible en: http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/2006_El_psicologo_en_casos_de_separacion_y_divorcio_xFarixa_y_Arcex_2006x.pdf
- FARIÑA RIVERA, Francisca, SELJO MARTÍNEZ, Dolores, ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, “Intervención Psicológica en el establecimiento de la guarda y custodia: El mejor interés del menor”, [en línea], Universidad de Vigo y Santiago, capítulo 7, Disponible en: http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/Intervencion_psicologica_en_el_establecimiento_de_la_guarda_y_c.pdf
- FARIÑA RIVERA, Francisca; ARCE FERNÁNDEZ, Ramón; NOVO PÉREZ, Mercedes; SELJO MARTÍNEZ, Dolores, 2008, “Justicia Terapéutica en Procesos de Ruptura de Pareja; el papel del psicólogo”, en *El manual Moderno*, Disponible en: http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/La_justicia_teraputica_en_procesos_de_ruptura_de_pareja.pdf
- FARIÑA RIVERA, Francisca, PÉREZ LAHOZ, Violeta, VÁZQUEZ FIGUEIREDO, María José, SELJO MARTÍNEZ, Dolores, 2017, “Clima familiar y coparentalidad en familias con ruptura de pareja”, [en línea], *Revista de estudios e investigación en psicología y educación*, Vigo, Disponible en: <https://doi.org/10.17979/reipe.2017.0.05.2782>
- FARIÑA RIVERA, Francisca. ARCE FERNÁNDEZ, Ramón., SELJO MARTÍNEZ, Dolores, Y NOVO PÉREZ, Mercedes, 2013, “El hijo como víctima de los problemas de pareja: Un abordaje desde la justicia terapéutica”, [en línea], En S. P. COLÍN, E. GARCÍA-LÓPEZ, Y L. A. MORALES (Coords.), *Ecos de la violencia, voces de la reconstrucción*, Morelia, Michoacán, México, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Morelia, Disponible en: http://www.usc.es/export9/sites/webinstitucional/gl/servizos/uforense/descargas/El_hijo_como_victim_a_ruptura_desde_la_TJ.pdf
- FARIÑA RIVERA, Francisca, PARADA, Vanesa, NOVO PÉREZ, Mercedes, y SELJO MARTÍNEZ, Dolores, 2017, “El Coordinador de Parentalidad; Un análisis de las resoluciones judiciales en España”, *Acción Psicológica*, Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5944/ap.14.1.21346>
- FARIÑA RIVERA, Francisca, ARCE FERNÁNDEZ Ramón, NOVO PEREZ, Mercedes, 2017, “Intervenciones con familias tras la ruptura de pareja con enfoque de Justicia Terapéutica”, [en línea], en H. MARCHIORI (Dir.), *Victimología: Vol. 20. Violencia familiar: Protección víctimas niños* (pp. 25-46). Córdoba, Argentina: Encuentro Grupo Editor, Disponible en: https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidoso3SubSec/2017_Fariña_Intervenciones_con_familias_tras_larupturadepareja.pdf
- FARIÑA, Gustavo Enrique., 2015, “El poder transformador de la mediación y la

- conciliación desarrollada en sede judicial”, [en línea], *Revista de Mediación*, Buenos Aires nº8, Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/poder-transformador-la-mediacion-la-conciliacion-desarrollada-sede-judicial/>
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña, 1998, *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, España, Editorial Dykinson.
- FISHER, Roger, URY, William, 1991, *Getting To yes; negotiating Agreement without giving in*, Houghton Mifflin, Boston, 10ª Ed.
- FOLGER, JOSEPH P., 2008, “La mediación Transformativa, preservación del potencial único de la mediación en la resolución de disputas”, [en línea], *Revista de Mediación*, Disponible en <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2013/06/Revista-Mediacion-02-02.pdf>
- FONTESTAD PORTALÉS, Leticia, 2018, “El procedimiento notarial con técnica monitoria y la Jurisdicción Voluntaria, naturaleza jurídica del procedimiento notarial”, en *El acceso a la Justicia*, Tirant Lo Blanch, Madrid.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, 2011, “El derecho de familia del Código Civil Catalán- ley 15/2010 de 29 de julio- y ley 2/2010 de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de sus padres. Problemas de competencia y ley aplicable, en *La nueva regulación del Derecho de Familia*, (Coord. Pérez Martín, Antonio), Dykinson, Madrid.
- “¿Qué utilidad puede tener aportar, junto con la demanda o el convenio regulador, un Plan de responsabilidad parental?”, en *El plan de Parentalidad*, [en línea], SEPIN, Disponible en: <https://www.sepin.es/bibliotecaonline/verEdicion.asp?cde=47&id=41061#27954246>, 2019.
- GARCÍA ABURUZA, María Paz, 2009, *La Protección a la Familia desde los Procesos Matrimoniales*, Thomson Reuters, Madrid.
- GARCÍA-CUEVAS ROQUE, Elena, 2014, “El matrimonio en la Constitución Española, un enfoque doctrinal y jurisprudencial”, *Foro Nueva Época*, volumen 17, núm., Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/45816>
- GARCÍA GÁRATE, Alfredo, 1995, *El matrimonio religioso en el Derecho Civil*, Madrid, Editorial Civitas.
- GARCÍA GARCÍA, Natalia, 2013 “Tablas orientadoras de las pensiones alimenticias”, SEPIN, Disponible en: <https://blog.sepin.es/2013/10/tablas-orientadoras-de-las-pensiones-alimenticias/>
- GARCÍA- HERRERA, Alicia, 2016, “Reestructuración de la familia tras la separación parental; mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad”, [en línea], *Indret*. Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1224_es.pdf

- GARCÍA PRESAS, Inmaculada, 2015, *Guarda y Custodia de los Hijos*, Juruá, Madrid.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, 2005, “Acuerdos Prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en Derecho de Familia”, [en línea], *Ponencia en las Jornadas de Derecho Catalán en Tossa*, Disponible en: <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/11161>.
- GARCÍA VILLANUEVA, Leticia; BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, “Cómo resolver los conflictos familiares”, [en línea], Guía de la Comunidad de Madrid, Disponible en: https://eprints.ucm.es/10994/1/Guia_CM_Como_resolver_iso_conflictos_FF.pdf
- GARDNER, R. A., *Legal and Psychotherapeutic Approaches to the Three Types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law Join Forces*, 1991, Court Review.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio, 2012, *Inexistencia, nulidad del matrimonio y sistema matrimonial*, Editorial Bosch, Barcelona.
- GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España), “Debate asociativo sobre el diseño de un modelo de derivación a mediación y control de calidad de la actividad mediadora desde los tribunales de justicia” [en línea], Disponible en: <https://mediacionesjusticia.com/biblioteca/mediacion-familiar/>
- GLOVER, Helen, 2017, “Los abogados de familia denuncian el colapso de los juzgados por la ley de jurisdicción voluntaria”, [en línea], *Confilegal*, 17 de septiembre de 2017, Disponible en: <https://confilegal.com/20180917-los-abogados-de-familia-denuncian-el-colapso-de-los-juzgados-por-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria/>
- GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, 2010, “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, [en línea], *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 16, Ref D-380.
- “Comentarios a la regulación de la custodia compartida en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad Parental”, *Lefrevbre El Derecho*, Tribuna, Disponible en: <https://elderecho.com/comentarios-a-la-regulacion-de-la-custodia-compartida-en-el-anteproyecto-de-ley-sobre-el-ejercicio-de-la-corresponsabilidad-parental>, 2014.
 - “Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia en la Ley 15/2015, de 2 de julio (Parte I)”, [en línea], *El Derecho-Lefrevbre*, Disponible en: <https://elderecho.com/los-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-en-materia-de-familia-en-la-ley-152015-de-2-de-julio-parte-i>, 2017.
 - *El magistrado Juan Pablo González del Pozo, pionero en el nombramiento del Coordinador de Parentalidad en Madrid*, [en línea], *Diario la Ley*,

- Wolters Kluwers, Madrid, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6673241>, 2018.
- “El Coordinador de Parentalidad, una figura esperanzadora para la pacificación de conflictos inter parentales de alta intensidad”, [en línea] Madrid, *Ed. Lefebvre El Derecho*, Disponible en: <https://elderecho.com/el-coordinador-de-parentalidad-una-figura-esperanzadora-para-la-pacificacion-de-conflictos-parentales-de-alta-intensidad>, 2019.
- GONZÁLEZ SARRIÓ, Ignacio, 2016, *Las Interferencias parentales y la alienación parental en el contexto jurídico español; revisión de sentencias judiciales en materia de guarda y custodia*, [en línea], Universidad de Valencia, (Tesis doctoral), Disponible en: <http://roderic.uv.es/handle/10550/58284>
- HERNANDEZ CRESPO, Mariana, 2008, “A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse (Part One)”, [en línea], *Papers*, Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1265221
- IRACHETA, Francisco, 2014, “El sentido ético terapéutico de la Justicia terapéutica” en *Justicia Terapéutica; Experiencias y Aplicaciones*, México, Disponible en: <https://www.pjenl.gob.mx/TratamientoDeAdicciones/download/justicia-terapeutica.pdf>
- IZQUIERDO CAMPO, Ángel Luis, 2017, “¿Qué contenido mínimo debería de incorporar el plan de parentalidad, o plan contradictorio, sobre la forma y ejercicio de la guarda y custodia?”, [en línea], en *Plan de Parentalidad en el CCCat*, SEPIN, <https://www.sepin.es/biblioteca-online/verEdicion.asp?cde=47&id=41061>
- JARQUE PIÑOL, Jorge., 11 de noviembre de 2011, “Si te quiero, pero menos”, [en línea], *La Vanguardia*, Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/estilos-de-vida/20111104/54236712383/si-quiero-pero-menos.html>
- JOCILES RUBIO, María Isabel; RIVAS, Ana María, 2003, *La monoparentalidad por elección*, Tirant Lo Blanch, Madrid.
- LANGA MUELA, Adrián 2011, “Custodia Compartida en Aragón, Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo”, [en línea], *Justicia de Aragón*, Disponible en: http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005903_Custodia%20compartida%20en%20Arag%F3n.pdf
- LAUROBA LACASA, Elena, 2003, “Familias con alto grado de conflictividad; régimen de guarda y protección del interés de los menores”, *Cuaderno jurídico nº 103*, SEPIN, Madrid.
- “Los planes de parentalidad en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, Vol. 111, Nº 4, 2012.

- “Comentario al artículo 233-9. Plan de Parentalidad, ley 25/2010 de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”, SEPIN, SP/DOCT/15498, 2012.
 - Los planes de parentalidad; una herramienta para facilitar el ejercicio de la guarda, Cap. XIII, en *Patria potestad, guarda y custodia* (Dir. Lasarte Álvarez, C.), Tecnos, Madrid, 2014.
 - “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, Derecho colaborativo, arbitraje ¿y?” [en línea], *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1417.pdf>, 2018.
- LAING KLAFF, Ramsay, 1982, “The Tender Years Doctrine”, [en línea], *California Law Review*, Issue 2, Disponible en: www.ohiofamilyrights.com/reports/
- LOGOSMEDIA MQ Mediar, 2014, *Servicio de Coordinación de Parentalidad en el partido judicial de Sabadell*, [en línea], Disponible en: https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/06/memoria-programa-de-coordinadid3b3n-de-parentalidad-logos_media.pdf
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel, 2007, *Teoría y Práctica de la mediación intrajudicial y extrajudicial en España*, Ediciones Thomson Civitas, Pamplona.
- MACCOBY, Eleanor, MNOOKIN, Robert, 1994, *Dividing the child: social and legal dilemmas of custody*, Cambridge, Harvard University.
- MARIN PEDREÑO, Carolina, MAGÁN, Javier, 2014, “Pensión de alimentos; tendencia europea a las tablas”, [en línea], *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, pp. 31-37, Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/307829022_Pension_de_alimentos_tendencia_europea_a_las_tablas
- MARTÍ GILABERT, Francisco, 2000, *El Matrimonio Civil en España; Desde la República hasta Franco*, Editorial EUNSA, Pamplona.
- MARTÍN DIZ, Fernando, 2010, *La mediación como sistema complementario de la administración de Justicia*, CGPJ, Madrid
- MARTINÓN SÁNCHEZ, José María, FARIÑA RIVERA, Francisca, CORRÁS VÁZQUEZ, Tania, SEIJO MARTÍNEZ, Dolores, NOVO PÉREZ, Mercedes, SOUTO, Antonio, 2017, “Impacto de la ruptura de los progenitores en el estado de salud física de los hijos”, *European Journal of Education and Psychology*, (pp. 9-14), Vol. 10. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1888899216300204>
- MNOOKIN Robert H, KORNHAUSER, Lewis, 1979, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce”, [en línea], *88 Yale Law Journal*, (Traducción libre), Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol88/iss5/4>
- MONTAGNA, Plinio, 2016, “Parentalidad socioafectiva y las familias actuales”, *Derecho PUCP*, N° 77, Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15636/16073>

- MORA SANGUINETTI, Juan, 2016, “Evidencia reciente sobre los efectos económicos del funcionamiento de la Justicia en España”, [en línea], *Boletín Económico Banco de España*, Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5601881>
- MORALES FERNÁNDEZ, M.G., 2004, “La mediación, contenida en la tutela judicial efectiva”, en ORTUÑO MUÑOZ.P., LAUROBA LACASA.E. (Coord.), *Mediación en Justicia, el impacto de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil*.
- MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, 2009, “Custodia Compartida y Protección de Menores”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Número 2, Madrid.
- MORENO CATENA, Víctor, 2010, “La exploración de los menores en los procesos de separación, nulidad y divorcio. El difícil equilibrio entre la intimidad del menor y el derecho a la tutela judicial efectiva”, *Diario La Ley* Nº 7378, Sección Tribuna.
- “La resolución jurídica de conflictos”, en (Coord. SOLETO MUÑOZ, Helena), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- MORENO MÍNGUEZ, Almudena, 2015, “La ambivalencia ante la corresponsabilidad parental en España: Una cuestión de género”, [en línea], *Revista Estudios de Género*, La Ventana. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5560483>
- MORTE BARRACHINA, Elena, LILA MURILLO, Marisol, 2007, “La alternativa al conflicto: Punto de encuentro familiar”, [en línea], *Intervención Psicosocial*, vol.16. nº3, Disponible en <http://scielo.isciii.es/pdf/inter/v16n3/v16n3a01.pdf>
- MOSMANN, Clarisse, WAGNER, Adriana, 2008, “Dimensiones de la conyugalidad y de la parentalidad: un modelo correlacional”, *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80212387005>.
- MOYA MEDINA, Susana; *La problemática actual en materia de ejecución de Sentencia*, XXII Jornadas de Derecho en Familia en Sevilla, días 5 y 6 de octubre de 2017, SEPIN.
- MUÑOZ NARANJO, Alfredo, 2015, “El anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 15, Disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2015/2015art3.pdf>
- MURCIANO ÁLVAREZ, Gema, 2015, “Mediador o Coordinador de parentalidad, ¿es lo mismo con diferente nombre?” en *El Coordinador de Parentalidad*, SEPIN, Madrid, Disponible en: <https://www.sepin.es/biblioteca-online/verEdicion.asp?cde=47&id=27605>

- *Las dos caras del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio Público de Justicia*, [en línea], SEPIN, de 23 de diciembre de 2020, disponible en: <https://blog.sepin.es/2020/12/anteproyecto-ley-medidas-eficiencia-procesal-servicio-publico-justicia/>, 2020.
- NUÑEZ ZORRILLA, Carmen 2016, “El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección de la infancia y la adolescencia”, [en línea], *Persona y Derecho* Vol. 73, Barcelona, Disponible en: <http://sitios.dif.gob.mx/cenddif/wp-content/uploads/2017/12/El-interes-superior-del-menor.pdf>
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, 1982, *El Derecho de Familia, sus caracteres. Compendio de Derecho Civil*, Tomo 4, Dykinson, Madrid.
- ORTOLÁ DINNIBER, José Gabriel, 2017, “Algunas reflexiones en torno a los problemas de ejecución de medidas personales”, en *Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, AEAFA, Madrid.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, 2007, *Sistemas Alternativos a la resolución de alternativa de conflictos; la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, [en línea], Disponible en: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-mAcNhe.pdf
- “El proceso judicial como maltrato al menor” en *El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales*, (Coord. Rosa María de Castro Martín), Dykinson, Madrid, 2012.
- “Mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.
- “La Abogacía de Familia; Una especialización profesional necesaria”, en *La evolución del Derecho de Familia en los últimos 25 años, Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez- Eznarriaga*, AEAFA, Madrid, 2015.
- “La mediación como medio de solución de conflictos”, en (Coord. PILLADO, Esther y FARIÑA, Francisca), *Mediación Familiar; Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la Justicia Terapéutica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- *Justicia sin Jueces*, Métodos Alternativos a la Justicia Tradicional, Ariel, Barcelona, 2018.
- PADIAL ALBAS, Adoración, 2018, *La relación materno y paterno filial en el Derecho de Familia catalán*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.
- PASCUAL LUJÁN, Teresa, 2015, “El Coordinador de Parentalidad en rupturas conflictivas”, *Diario la Ley*, Nº 8663, Sección tribuna Ref: D-465.
- PEÑASCO VELASCO, Rosa, 1993, “Delimitación del concepto de Familia”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, [en línea], UNED, Número 3. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-1993-3-A2B653C6/PDF>

- PÉREZ CABALLERO, María Luisa, ACEVEDO BERMEJO, Antonio y MUÑOZ VICENTE, Jose Manuel, 2012, “Los conflictos parentales como origen de las dificultades en las relaciones abuelos-nietos: Abordaje mediacional y jurídico forense”, [en línea], *Revista de Mediación*, nº 9, Disponible en: <https://revistademediacion.com/articulos/los-conflictos-parentales-como-origen-de-las-dificultades-en-las-relaciones-abuelos-nietos-abordaje-mediacional-y-juridico-forense/>
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, “XXII Jornadas de Derecho de Familia en Sevilla” 5 y 6 de octubre de 2017, SEPIN.
- PINILLOS DOLADER, Carmen, FERNÁNDEZ VERGARA, S., 2010, “La instrumentalización del menor en los conflictos de pareja”, *Congreso Estatal de la Infancia Maltratada*, Sevilla. Disponible en: http://www.congresofapmi.es/imagenes/auxiliar/Actas_CM_45_instrumentaliz_CPinillos.pdf
- PINTO ANDRADE, Cristóbal, 2010, “La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura”, [en línea], *Noticias Jurídicas*, Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4575-la-generica-validez-de-los-pactos-y-acuerdos-matrimoniales-en-prevision-de-la-ruptura/>
- *El convenio regulador y su aplicación práctica*, Bosch, Barcelona, 2013.
 - *La Custodia Compartida*, Bosch, Barcelona, 2009.
- POYATOS I MATAS, Gloria, 2020, A propósito de la figura del coordinador de parentalidad. Análisis multidisciplinar, *El Derecho-Lefebvre*, disponible en: <https://elderecho.com/a-proposito-de-la-figura-del-coordinador-parental-analisis-multidisciplinar>.
- RAVETLLAT BASTELLÉ, Isaac, 2012, “El interés superior del niño; Concepto y delimitación del término”, [en línea], *Educatio Siglo XXO*, volumen 30, nº 2, pp.89-108.
Disponible en: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/38709/1/153701-593011-1-PB.pdf>
- REVILLA GONZÁLEZ, José Revilla, 2006, “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo; las relaciones transfronterizas”, [en línea], *Estudios sobre consumo*, Madrid, Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/61447594.pdf>
- RIVES GILABERT, José María, RIVES SEVA, Antonio Pablo, 2001, “Evolución histórica del sistema matrimonial español”, [en línea], *Noticias Jurídicas*, Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11680-evolucion-historica-del-sistema-matrimonial-espanol/>
- RODRIGO LÓPEZ, María José; MARTÍN QUINTANA, Juan Carlos; CABREIRA CASIMIRO, Eduardo; MÁIQUEZ CHAVES, María Luisa, 2009, “Las Competencias Parentales en Contextos de Riesgo Psicosocial”, *Psychoso-*

- cial Intervention*, vol. 18, núm. 2, Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1798/179814021003.pdf>
- RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Xaime, 2005, *Sobre el dictamen del Consejo de Estado y Matrimonio entre personas del mismo sexo*, Ed. La Ley, Madrid.
- RODRÍGUEZ-DOMÍNGUEZ, Carles, CARBONELL, Xavier, 2014, “El coordinador de Parentalidad; nueva figura profesional para el psicólogo forense”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 35(3), Universidad Ramón Llull, Barcelona, Disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2439.pdf>
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Carles, JARNE ESPARCIA, Adolfo, CARBONELL, Xavier, 2015, “Análisis de las atribuciones de guarda y custodia de menores en las resoluciones judiciales”, [en línea], *Acción psicológica*, vol.12 n°1., Madrid, Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1578-908X2015000100001
- RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, 2015, “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor. comentario a la STS núm. 679/2013, de 20 de noviembre” (Rj 2013, 7824), *Revista bolivariana de Derecho* n° 19, enero 2015, Disponible en : http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n19/n19_a25.pdf
- RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando, 2015, “El coordinador de parentalidad; una figura a importar”, [en línea], *Hay Derecho*, Disponible en: <https://hayderecho.com/2015/04/23/el-coordinador-de-parentalidad-una-figura-a-importar/>
- RODRÍGUEZ ROBREDO, María Inmaculada, 2018, “Algunos “otros” métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos”, [en línea], *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Volumen X, n° 3, Disponible en: <https://arbitrajeraci.files.wordpress.com/2018/03/rodriguez-robrero-iraci-2017-2.pdf>
- RODRIGUEZ TORRENTE, Jesús, (Ed.), 1996, *Familia y política: Controversias y futuro*, Universidad Pontificia, Madrid.
- RODRÍGUEZ SUMAZA, Carmen, LUENGO RODRÍGUEZ, Tomasa, 2003, “Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares monoparentales”, *Papers* 69, Salamanca, Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/Papers/article/download/25724/25558>
- ROMERO NAVARRO, Fermín, 2014, *La Custodia Compartida y el Plan Parental como construcción del equipo parental en procesos de Mediación Familiar*, IPSE-ds Vol.7, Disponible en: http://ipseds.ulpgc.es/IPSE-ds_Vol_7_2014/IPSE-ds%207-3.pdf
- RONDÓN GARCÍA, Luis Miguel, 2012, *Bases para la mediación familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- RUBIO BONET, Antonio, 2011, “La potestad parental, guarda y el régimen de relación y comunicación con los hijos en la Ley 25/2010 de 29 de julio del

- libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia”, en PÉREZ DAUDÍ, Vicente (Coord.) *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña*, Atelier Barcelona, 2011.
- RUIZ BECERRIL, Diego, 1999, *Después del divorcio; Los efectos de la ruptura matrimonial en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Madrid.
- SAN CRISTÓBAL REALES, Cristina, 2013, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, [en línea], *Anuario Económico Jurídico escurialense*, Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, XLVI.
- SÁNCHEZ PÉREZ, José (Coord.), 2005, *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- SANTOS BENAVIDES, Diego, 2013, “Nuevas tendencias del proceso familiar en América Latina”, [en línea], *Revista Indret*, Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1233/Tendenciasdelprocesofamiliar-enAmericaLatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- SARRIÁ REMÍREZ DE GANUZA, Belén, 10 de agosto de 2010, “Los matrimonios religiosos no alcanzan el 30 por ciento en España”, [en línea], *El Mundo*. Disponible en <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/08/10/57a20f10e2704e572a8b4657.html>
- SCHEPARD, Andrew, 2004, *Children, Court and Custody; Interdisciplinary Models for divorced families*, Cambridge University Press.
- SEIJAS QUINTANA, José Antonio, 1997, “Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas”, *Actualidad Civil*, nº 29, Julio 1997.
- “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida”, en *Encuentro de jueces de familia sobre guarda y custodia compartida*, CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 8, 2014.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, 2011, “Guarda y Custodia de los hijos y régimen de visitas en Aragón”, [en línea], *Investigación y Desarrollo del derecho aragonés*, Zaragoza, Disponible en <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/66/02serrano.pdf>
- SOLETO MUÑOZ, 2000, *Las medidas provisionales en los procesos de Familia*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III, Madrid (Disponible en el depósito de la Universidad Carlos III de Madrid).
- “El interés público en los procesos de Familia”, en *Revista de Derecho de Familia*, Lexnova, Valladolid, 2003.
 - *El abogado colaborativo*, Tecnos, Madrid, 2017.

- “La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos”, [en línea], *Revista de Mediación*, volumen 10, nº1, Disponible en: <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2017/06/Revista19-e2.pdf>, 2017.
- SOLETO MUÑOZ, Helena (Dir.), CARRETERO MORALES, Emiliano, RUIZ LÓPEZ, Cristina (Coords.), 2017, *Mediación y Resolución de Conflictos; Técnicas y ámbitos*, Editorial Tecnos, 3º Edición, Madrid.
- SORIANO IBÁÑEZ, Benito, *Los procesos de Familia y la guarda y custodia en Aragón*, [en línea], ponencia, Disponible en: <https://docplayer.es/12455528-Los-procesos-de-familiay-la-guarda-y-custodia-en-aragon-benito-soriano-ibanez-fiscal-de-la-fiscalia-provincial-de-teruel.html>
- SORIA VERDE, Miguel Ángel, VILLAGRASA ALCALDE, Carlos, ARMADANS TREMOLOSA, Inma, 2008, *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, Bosch, Barcelona.
- SOUTO PAZ, José Antonio, 2002, *Derecho Matrimonial*, 2ª Ed., Editorial Marcial Pons, Madrid.
- TEJEDOR HUERTA, María Asunción, 2012, “El interés de los menores en los procesos contenciosos de separación o divorcio”, [en línea], *Anuario de Psicología Jurídica*, Volumen 22.
- TERCERO GARCÍA, Sandra, 2015, *Las familias monoparentales. Una aproximación a sus principales problemas y necesidades*, [en línea], Universidad de Murcia, Vol. 13-14, Disponible en: http://www.unileon.es/trabajo_social/revista.asp
- UTRERA GUTIERREZ, José Luis, 2017, “Mediación Intrajudicial en procesos de Familia; algunas cuestiones sustantivas y procesales relevantes para los abogados”, en *Familia y Sucesiones*, SEPIN, Madrid.
- *Ponencia 1ª del Encuentro con Abogacía especializada en Derecho de Familia y Gabinetes Técnicos de psicología jurídica del menor y forense*, [en línea], Enlace: <http://docplayer.es/78668483-Conclusiones-definitivas.html>
- VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen, 2008, “La familia; concepto, cambios y nuevos modelos”, [en línea], *La Revue du REDIF*, Vol. 1, Departamento de Psicología, Universidad de Deusto, Disponible en: http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_mdl/lic/DE/PF/AM/05/cambios.pdf, 2017.
- VÁZQUEZ NAVARRO, Cristina, 2017, “El Coordinador de Parentalidad reducirá el conflicto en los divorcios con hijos”, *El País*, Disponible en: https://elpais.com/ccaa/2017/10/20/valencia/1508515992_138285.html
- VÁZQUEZ ORELLANA, Nuria; TEJEDOR HUERTA, Asunción, BELTRÁN LLAGO, Olga; ANTÓN MORENO, Mº Paz; DELGADO FERNÁNDEZ, JORGE, 2018, *Manual de Coordinación de Parentalidad; abordaje de familias con hijos atrapados en rupturas conflictivas*, EOS Psicología Jurídica, Barcelona.

- VELA SÁNCHEZ, Antonio José, 2005, *Las Familias Monoparentales; su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral*, Comares, Madrid.
- VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, Ana, 2017, “El maltrato emocional a los menores en la judicialización del conflicto familiar”, [en línea], *SEPIN*, Disponible en <https://blog.sepin.es/2017/03/maltrato-emocional-menores-judicializacion-conflicto-familiar/>
- VIDALES LÓPEZ, Raquel, “El Consejo de Estado rechaza la custodia compartida si los padres no lo piden”, *El País*, https://elpais.com/sociedad/2014/09/21/actualidad/1411298076_942818.html
- VIDAL TEIXIDÓ, Antonio, 2011, “Comentario al art.236-8 del Código Civil Catalán”, en (Coord. Encarnación Roca Trias), *Persona y Familia, Libro Segundo del Código Civil de Familia*, SEPIN, Madrid.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos; HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, 2013, “Las parejas estables”, en *Derecho de Familia*, 1ª Ed., Bosch, Madrid.
- VV.AA, *Documento base para el desarrollo de la Coordinación de Parentalidad*, desarrollado en el I Forum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad, celebrado el 17 de mayo de 2019 en La Laguna, [en línea], disponible en <https://plataformafamiliayderecho.org/2020/01/19/i-forum-de-expertos-para-el-desarrollo-de-la-coordinacion-de-parentalidad-y-la-gestion-de-la-alta-conflictividad-familiar/>
- WEXLER, David, 1996, *Justicia Terapéutica, una visión general*, [en línea], Disponible en: http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/activitats_formatives/prospectiva_criminal_prevenio_delinquencia05062012/justicia_terapeutica_resum.pdf
- WINKELS ARCE, Isabel, “Así funcionan los juzgados de familia alemanes”, *Confilegal*, 11 de julio de 2016, Disponible en: <https://confilegal.com/20160711-asi-funcionan-los-juzgados-familia-alemanes/>
- WINKELS ARCE, Isabel, 2020, portal de Abogacía Española, “Las medidas del RD-Ley 16/2020 en el ámbito del Derecho de Familia por la crisis del coronavirus: un brindis al sol”, [en línea], disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/las-medidas-del-rd-ley-16-2020-en-el-ambito-del-derecho-de-familia-por-la-crisis-del-coronavirus-un-brindis-al-sol/>
- YÁRNOZ-YABEN, Sagrario, 2010, “Hacia la Coparentalidad positiva post-divorcio; percepción del apoyo de la expareja en progenitores divorciados españoles”, [en línea], *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/337/33712250006.pdf>
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, 2018, *Nadie pierde. La guarda y custodia compartida, aspectos jurídico procesales*, Dykinson, Madrid.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNIARRAGA, Luis, 2014, “Algunas Cuestiones polé-

micas en la pensión de alimentos”, [en línea], *Lefebvre El Derecho*, Disponible en: <https://elderecho.com/algunas-cuestiones-polemicas-en-la-pension-de-alimentos>

WEBGRAFÍA

- <https://www.aeafa.es/files/noticias/iobservatoriorederechodefamilia.pdf>
- [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI\(2018\)608847_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf)
- <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp><https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2019/01/anteproyecto-ley-impulso-mediacion.pdf>
- https://static.miweb.padigital.es/var/m_b/bf/bf2/56088/951400-Coordina-ción_Parental1.pdf
- <http://www.ajfv.es/dos-anos-retraso-informes-decisivos-la-custodia-menores/>
- <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/justicia-propone-comunidades>
- <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-05-Estudio-sobre-la-escucha-y-el-interes-superior-del-menor.pdf>
- <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-practica-de-la-Ley-Organica-1-2004--de-28-de-diciembre--de-Medidas-de-Proteccion-Integral-contra-la-Violencia-de-Genero--2016->
- <https://www.europapress.es/andalucia/noticia-tsja-pide-corregir-retrasos-informes-psicosociales-granada-20160708135720.html>
- [https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/AFCC%20Directrices%20para%20la%20Coordinación%20de%20Parentalidad%20\(2005\)%20-%20Traducción%20COPC%20\(2013\)%20Rev%2002-2014.pdf](https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/AFCC%20Directrices%20para%20la%20Coordinación%20de%20Parentalidad%20(2005)%20-%20Traducción%20COPC%20(2013)%20Rev%2002-2014.pdf)
- <https://www.abogacia.es/2018/04/04/el-estado-destina-a-justicia-un-total-de-1-926-millones-de-euros-en-2018-un-31-mas-que-el-ano-anterior/>
- http://www.acim.cat/wp-content/uploads/2016/06/ACIM_Memoria-Actividades-2016.pdf
- http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-32.PDF#page=10
- <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Informes-Organismos-Extranjeros/CEPEJ--Comision-Europea-para-eficiencia-de-la-justicia-/>
- <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Madrid/En-Portada/El-CGPJ-acuerda-la-especializacion-en-materia-de-familia-de-los-juzgados-de-nueva-creacion-de-Alcala-de-Henares-y-de-Fuenlabrada>
- https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2018/04/Separata_Menores_informe_anual_2017.pdf

<http://multimedia.cortesaragon.es/library/items/sesion-plenaria-marzo-2019-2019-03-21?part=a751f51a-2c27-47ac-aa1a-45da97cff64f&start=4840>
<https://www.msbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/ayudas/docs2013-14/Guide-BuenasPracticas2015.pdf>
http://www.icab.es/files/242-236775-DOCUMENTO/Guia_Model_Pla%20de%20parentalitat.desembre%202010.pdf
<https://www.collaborativepractice.com/resources>
<http://www.scheidingsinformatie.nl/kinderen/kinderen/ouderschapsplan/artikel/234/wat-is-een-ouderschapsplan%3F>
<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/07/INFORME-V-BAROMETRO-EXTERNO-CGAE-NOVIEMBRE-2015.pdf>
<http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Compartida%20CM%2019-7-13.pdf>
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Modernizacion-de-la-Justicia/El-Plan-de-Modernizacion-de-la-Justicia/>
https://www.aeafa.es/files/noticias/tabla_pensiones_alimenticias.pdf
<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Madrid/Actividad-del-TSJ-Madrid/Memoria-Judicial/Memoria-judicial-del-ano-2019>
[https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios--INE-/](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Estadistica-de-nulidades--separacion-y-divorcios--INE/)
<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/04/28/16/con>

JURISPRUDENCIA

- STS 320/211, Sala Primera de lo Civil, de fecha 12 de mayo de 2011 (Roj: STS 2676/2011, Ponente: Encarnación Roca Trías).
- STS 3707/2015, Sala Primera de lo Civil, de fecha 9 de septiembre de 2015, (Roj: STS 3707/2015, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas).
- STS 162/2016, Sala Primera de lo Civil, de 16 de marzo de 2016 (Roj: STS 1295/2016, Ponente: Eduardo Baena Ruiz)
- SAP de Málaga 399/2015, Sección 6ª, de 30 de junio de 2015 (Roj: SAP MA 2312/2015, Ponente: Nuria Auxiliadora Orellana Caro).
- SAP de Barcelona 116/2012, Sección 12ª, de 15 de febrero de 2012 (Roj: SAP B 1232/2012, Ponente: Joaquín Bayo Delgado).
- STSJ Cataluña Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª de 28 de julio de 2016 (Roj: STSJ CAT 6067/2016), Ponente: María Eugenia Alegret Burgues).
- Auto AP de Valencia 653/2016, de 12 de diciembre de 2016 (Roj: AAP V 653/2016, Ponente: Ana Vega Pons-Fuster Olivera).
- ATC5258/2000, Sección Primera, de 1 de febrero de 2001, (ECLI:ES:TC:2001:28A, Ponentes: Pedro Cruz Villalón, Pablo García Manzano y Fernando Garrido Falla)
- STS 769/2011, Sala de lo Civil, de fecha 11 de noviembre de 2001 (Roj: STS 7327/2011, Ponente: Encarnación Roca Trias).
- SAP Zaragoza, 433/12, sección 2ª, de 20 de julio de 2012, (Roj: SAP Z 1764/2012, Ponente: María Elia Mata Albert).
- STS 320/211, Sala Primera de lo Civil, de fecha 12 de mayo de 2011 (Roj: STS 2676/2011, Ponente: Encarnación Roca Trías).
- STS 404/2018, Sala Primera de lo Civil, de fecha 2 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5220/2015, Ponente: Eduardo Baena).
- STS 633/2012, Sala Primera de lo Civil, de fecha 25 de octubre de 2012, (Roj: STS 6808/2012, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).
- STC 163/2009 de 29 de junio de 2009, Sala Segunda, (ECLI:ES:TC:2009:163).
- STC 71/2004, de 19 de abril de 2004, Sala Segunda, (ECLI:ES:TC:2004:71).
- STS 194/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 29 de marzo de 2016, (Roj: STS 1291/2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).
- SAP de Barcelona 26/2007, sección 12ª, de fecha 12 de enero de 2007, (Roj: SAP B 1312/2007, Ponente: Pascual Ortuño Muñoz).
- STS 442/2017, Sala Primera de lo Civil, de fecha 13 de julio de 2017, (Roj: STS 2840/2017, Ponente: Eduardo Baena Ruiz).
- STS 427/2015, Sala Primera de lo Civil, de fecha 14 de julio de 2015. (Roj: STS 3158/2015. Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

- STS 444/2015, Sala Primera de lo Civil, de fecha 14 de julio de 2015, (Roj: STS 3440/2015, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).
- SAP 723/2004 de Valencia de fecha 17 diciembre de 2004 (Roj: SAP V 5847/2004, Ponente: José Enrique de la Motta García-España),
- STS 33/2016, Sala de lo Civil, de fecha 4 de febrero de 2016, (Roj: STS 335/2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).
- STS 149/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 28 de enero de 2016 (Roj: STS 149/2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana)
- STS 283/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 3 de mayo de 2016 (Roj: STS 1901/2016, Eduardo Baena Ruiz).
- ATC 127/1986, de fecha 12 de febrero de 1986.
- STSJA 13/2011 de fecha 15 de diciembre de 2011 (Roj: STSJ AR 2082/2011, Ponente: Ignacio Martínez Lasierra).
- STC 192/2016, de 16 de noviembre, (BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TC:2016:192).
- STS 391/2015, Sala Primera de lo Civil, de 15 de julio de 2015 (Roj: STS 3217/2017, Ponente: Eduardo Baena Ruiz).
- STS 326/2015 Sala Primera de lo Civil de 16 de febrero de 2015, (Roj: STS 615/2015, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas).
- STS 559/2016, Sala Primera de lo Civil, de 9 de marzo de 2016, (Roj: STS 1156/2016, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas).
- STS 257/2013 de 29 de abril de 2013, Sala de lo Civil, (Roj: STS 2246/2013, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).
- STSJ de Cataluña 29/2008, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 31 de julio de 2008, (Roj: STSJ CAT 14539/2008, Ponente: Enric Anglada Fors).
- SAP CA 1061/2020 de 23 de octubre de 2020, (Roj: SAP CA 1456/2020, Ponente: Carlos Ercilla Labarta)
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, de 3 de marzo de 2010 (Roj: STSJ CAT 3128/2010, Ponente: Carlos Ramos Rubio).
- STS 257/2013 de 29 de abril de 2013, Sala de lo Civil: (Roj: STS 2246/2013. Ponente: José Antonio Seijas Quintana).
- SAP de Valencia Sección 6ª de 22 de abril de 1999, (Roj: SAP V 2299/1999, Ponente: Vicente Ortega Llorca).
- STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012, (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2012, ECLI:ES:TC:2012:185STC).
- SAP de Córdoba de 26 de mayo de 2011 (Roj: SAP Co 407/2011, Ponente: José María Magaña Calle).
- STSJ de Aragón, de 1 de octubre de 2015 (Roj: STSJ AR 1373/2015, Ponente: Ignacio Martínez Lasierra).
- SAP Córdoba de 8 de abril de 2015 (Roj: SAP CO 411/2015, Ponente: Pedro Roque Villamor Montoro).

STSJ de Cataluña 46/2012, Sala de lo Civil y lo Penal de 12 de julio de 2012 (Roj: STSJ CAT 8894/2012, Ponente: Carlos Ramos Rubio).

STS 315/2018, Sala Primera de lo Civil, de 20 de mayo de 2018, (Roj: STS 1925/2018, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

SAP de Valladolid 268/2017, Secc. 1ª, de fecha 29 de junio de 2017 (Roj: SAP VA 865/2017, Ponente: José Antonio Sanmillán Martín).

STSJ de Aragón 8/2011, Sala de lo Civil y Penal, de fecha 13 de julio de 2011 (Roj: STSJ AR 1244/2011, Ponente: Fernando Zubiri de Salinas).

STSJ de Aragón 10/2011, Sala de lo Civil y Penal, de fecha 30 de septiembre de 2011 (Roj: STSJ AR 1694/2011, Ponente: Fernando Zubiri de Salinas).

STS 130/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 3 de marzo de 2016, (Roj: 730/2018, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

SAP de Barcelona 539/2013, Sección 18ª, de fecha 12 de septiembre de 2013 (Roj: SAP B 9391/2013, Ponente: Francisco Javier Pereda Gamez).

SAP de Barcelona 815/2014, Sección 18ª, de fecha 9 de diciembre de 2014, (Roj: SAP B 13768/2014)

STSJ Cataluña 18/2017, Sala de lo Civil y Penal, Sec. 1ª, de fecha 29 de marzo de 2017, (Roj: STSJ CAT 1452/2017, Ponente: José Francisco Valls Gombau).

STSJ de Aragón 8/2011, de fecha 13 de julio de 2011, (Roj: STSJ AR 1244/2011, Ponente: Fernando Zubiri de Salinas).

STSJ de Aragón 4/2012, de fecha 1 de febrero de 2012, (Roj: STSJ AR 108/2012, Ponente: Fernando Zubiri de Salinas).

SAP de Madrid 845/2016 sección 22, de fecha 25 de noviembre de 2016, (Roj: SAP M 14944/2016, Ponente: Pilar González Vicente).

STS 449/2015, Sala Primera de lo Civil, de fecha 15 de julio de 2015, (Roj: STS 3207/2015, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

STS 130/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 3 de marzo de 2016, (Roj: STS 801/2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

STS 638/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 26 de octubre de 2016, (Roj: STS 4634/2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana).

STS 722/2016, Sala Primera de lo Civil, de fecha 5 de diciembre de 2016, (Roj: STS 5285/2016, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

STS 714/2011, Sala Primera de lo Civil, de fecha 2 de marzo de 2011 (Roj: STS 714/2011 , Ponente: Antonio Salas Carcelen).

SAP de Barcelona 598/2014, Sección 18º, de fecha 15 de septiembre de 2014, (Roj: SAP B 9671/2014, Ponente María José Pérez Tormo).

Auto AP Barcelona 433/2017, Sección 12º, de fecha 5 de octubre de 2017, (ROJ: AAP B 7484/2017, Ponente: Pascual Ortuño Muñoz).

TABLA DE LEGISLACIÓN

Código Civil de 1881
Constitución Española de 1978
Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
Constitución Italiana
Anteproyecto de Ley sobre Ejercicio de Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación o divorcio
Ley de Divorcio de marzo de 1932
Ley de 12 de marzo de 1938
Decreto de 25 de octubre de 1956 por el que se modifican determinados artículos de la Ley y Reglamento del Registro Civil de 1870
Ley 44/1967 sobre libertad religiosa de 28 de junio de 1967
Real Decreto de 1 de diciembre de 1977
Ley 30/1981 de 7 de julio
Ley 30/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio
Ley de Divorcio de la II República de 25 de febrero de 1932
Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio
Resolución de 1 de octubre de la asamblea de parlamentarios del Consejo de Europa
Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1984
Recomendación del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1988
Resolución del Parlamento Europeo de 6 de febrero de 1994
Ley Provisional del matrimonio civil de 1870
Recomendación de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa de 26 de septiembre de 2000
Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja
Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas de Aragón
Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables;
Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho de Valencia; Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables;
Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid
Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables del Principado de Asturias
Ley 5/2002, de 28 de diciembre, de parejas de hecho de Andalucía;
Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la CCAA de Extremadura
Ley 5/2003, de 6 de marzo, de las parejas de hecho de la CCAA de Canarias

Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho en País Vasco
Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la comunidad autónoma de Cantabria
Ley de 1/200 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Directiva 2004/28/CE de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros
Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria
Código Civil Catalán
Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989
Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género
Anteproyecto de Ley de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia
Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil
Ley Foral de Navarra 3/2011 de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres
Decreto Legislativo de 1/2011, de 22 de marzo de 2011, que modifica la Ley de Igualdad de Relaciones Familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres
Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven
Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y de viudedad de Aragón
Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Generalitat, de régimen económico matrimonial valenciano
Ley 2/2006, de 14 de junio de 2006, de Derecho Civil de Galicia
Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia de 28 de abril de 2020
Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, de 15 de marzo de 2020